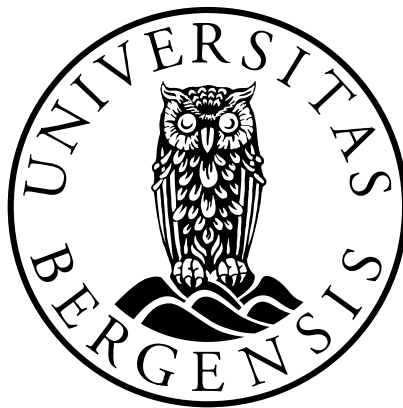


Nettplattformers ansvar for opphavsrettskrenkelser ved brukergenerert innhold

*Vurdert opp mot det foreslåtte EU direktivet om
opphavsrett i det digitale indre markedet*

Kandidatnummer: 135

Antall ord: 14 615



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og aktualitet	3
1.2 Avgrensninger	4
1.3 «Nettplattform»	4
1.4 Rettskilder og metode.....	5
1.5 Fremstillingen videre.....	7
2 Bakgrunnsrett	9
2.1 Åndsverkloven	9
2.2 Overføringsretten	9
3 Ansvarsnormen.....	11
3.1 Norsk tilnærming.....	11
3.2 EU-domstolens tilnærming	14
3.2.1 Ziggo	14
3.2.2 Kriterier	15
3.2.2.1 «Act of communication»	15
3.2.2.2 «Public».....	16
3.2.2.3 Nytt publikum	16
3.2.2.4 Nødvendig rolle.....	19
3.2.2.5 Kunnskapskriteriet	20
3.3 Bemerkninger	24
4 Ansvarsfrihet	26
4.1 Generelt	26
4.2 Ansvarsfrihet for lagringstjenester	27
4.2.1 Ansvarsbegrensningen	27
4.2.2 Handlingsplikten	30
4.3 Øvrige bestemmelser.....	30
4.3.1 Forbud mot å pålegge generell overvåking	31
4.3.2 Adgang til å gi pålegg om fjerning og hindring	33
5 Politisk og rettslig utvikling på EU-nivå.....	35
5.1 The Digital Singel Market Strategy (DSM)	35

5.2	Ikke-bindende uttalelser fra Europakommisjonen	35
5.3	Foreslått Digitalmarkedsdirektiv	37
5.3.1	Digitalmarkedsdirektivet	37
5.3.2	«Online content sharing service provider»	38
5.3.3	Handlingsplikt	39
5.3.4	Ehandelsdirektivet artikkel 14	40
6	Er denne rettsutviklingen forenelig med gjeldende rett?	42
6.1	Analysen	42
6.2	Endrer det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet grensen for når en nettplattform anses å ha foretatt en direkte overføring, i strid med opphavers enerett?	42
6.3	Vil denne rettsutviklingen medføre en innskrenkning av ansvarsfriheten for visse lagringstjenester jf. ehandelsloven § 18?	45
6.4	Forholdet til forbudet mot generell overvåking og fundamentale rettigheter	46
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Masteroppgaven omhandler nettplattformer sitt ansvar for opphavsrettskrenkelser ved brukergenerert innhold. Problemstillingen er om nasjonal gjeldende rett kan forenes med det nylig foreslåtte direktivet, som er til behandling på EU-nivå.

Nettplattformer har fått en sentral rolle i hvordan man oppdager, deler og promoterer opphavsrettsbeskyttet materiale på nett. Som eksempel lastes det på nettplattformen YouTube opp over 400 timer med innhold i minuttet,¹ og brukere ser over en milliard timer med YouTube-videoer i måneden.² Dette har gjort det mulig for skapere av åndsverk å nå ut til et bredt publikum, på en måte som er både rimeligere og mer effektiv enn tidligere. Hensynet til verdiskapning og innovasjon på nett tilsier at dette er en positiv utvikling. Samtidig muliggjør slike nettplattformer at åndsverk enkelt kan lastes opp og deles uten samtykke fra rettighetshaver, og uten at rettighetshaver får betaling. Delingen kan foregå over landegrenser og brukere kan i stor grad opptre anonymt.³ Dette betyr at en individuell rettslig forfølgning er utfordrende, og har i praksis vist seg å være lite effektivt. En mer effektiv måte å håndheve reglene på kan være å holde nettplattformene som muliggjør delingen ansvarlig.

Tradisjonelt har tjenester som kun muliggjør kommunikasjon mellom brukere, vært unntatt ansvar etter ehandelsloven.⁴ Det har vært juridisk usikkerhet knyttet til om også nettplattformer skal unntas ansvar på dette grunnlaget. EU-domstolen har antydnet at visse nettplattformer foretar selvstendige opphavsrettskrenkende handlinger, og derfor ikke kan unntas ansvar. Europakommisjonen har satt dette i fokus, og oppstilt ulike forpliktelser for slike nettplattformer. Forslaget om et nytt direktiv som skal regulere opphavsrett i det digitale indre markedet,⁵ er ment å sikre at opphaver kan håndheve sine rettigheter på nett. Artikkel 13 pålegger enkelte nettplattformer å inngå lisensavtaler med rettighetshavere. Nettplattformene

¹ Nicas (2017).

² Youtube (2018) *Youtube for pressen*.

³ Reed (2012) s. 50-54.

⁴ Lov 23. mai 2003 nr. 35 om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (heretter ehandelsloven).

⁵ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) (direktivet har ikke et fastsatt populær navn, men vil i denne oppgaven refereres til som digitalmarkedsdirektivet).

må også samarbeide med rettighetshavere for å hindre at uautorisert innhold ikke blir lastet opp. Det pålegges med dette et proaktivt ansvar for å hindre at opphavsrettskrenkende materiale blir gjort tilgjengelig.

I oppgaven vurderes hvorvidt det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet vil medføre en endring av gjeldende rett, eller om dette kun innebærer en presisering i tråd med EU-domstolens tilnærming.

1.2 Avgrensninger

Opphaver tilkjennes ulike rettigheter tilknyttet sitt åndsverk. Denne masteroppgaven behandler eneretten til å overføre åndsverk til allmenheten jf. åndsverkloven⁶ § 3 andre ledd bokstav d, og avgrenses dermed mot de øvrige rettighetene til opphaver. Det er denne eneretten som er mest aktuell ved deling av åndsverk på nett, og dermed er det naturlig å avgrense mot andre rettigheter. Ved behandlingen av ansvarsfrihetsbestemmelsene er det ehandelsloven § 18 som er aktuell. De øvrige bestemmelsene vil derfor ikke behandles. Det er digitalmarkedsdirektivet artikkel 13 som har blitt særlig kritisert for å ilegge enkelte nettplattformer et bredt ansvar. Det er derfor denne bestemmelsen som behandles i masteroppgaven, og det avgrenses mot de øvrige bestemmelsene.

1.3 «Nettplattform»

Begrepet nettplattform forstås i denne masteroppgaven som en direkte oversettelse av begrepet «online platform». Rettsutviklingen har i stor grad foregått på EU-nivå og det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i den EU-rettslige forståelsen av begrepet. Det finnes ikke fastsatt en konkret definisjon, men i digital single market-ordlisten fremheves visse karakteristikk.⁷ Nettplattformer benytter informasjons- og kommunikasjonsteknologi for å tilrettelegge for interaksjon mellom brukere. I tillegg innhenter nettplattformer ofte data om bruken. Slik data benyttes til å oppnå ulike nettverkseffekter som gjør tjenesten mer attraktiv for brukere.⁸ Dette kan for eksempel være å tilpasse innholdet som vises, og tilrettelegge for bruken.

⁶ Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk m.v. (heretter åndsverkloven).

⁷ Europakommisjonen (2018) *Digital Single Market – Glossary*.

⁸ Europakommisjonen (2018) *Digital Single Market – Glossary*.

I oppgaven brukes nettplattformen YouTube vil benyttes som eksempel i denne masteroppgaven. YouTube tilrettelegger for opplastning av store mengder opphavsrettsbeskyttet materiale. Delingen forenkles ved at YouTube tilbyr ulike funksjoner, slik som en søkemotor og varsling om nytt innhold. Som følge av den enorme mengden materiale som deles på nettplattformen har YouTube i dag store inntekter, fortrinnsvis fra salg av brukerdata og annonseinntekter.⁹

1.4 Rettskilder og metode

Masteroppgaven gir en rettsdogmatisk fremstilling av gjeldende rett, og sammenligner denne med det nye reguleringsforslaget. De primære norske rettskildene på området er åndsverkloven og ehandelsloven.

Åndsverkloven ble modernisert i 2018 både hva gjelder språk, struktur og materielt. Ved lovendringen ble overføringsretten skilt ut som et eget alternativ. Denne rettigheten ble tidligere ansett å være omfattet av retten til å fremføre åndsverket offentlig jf. åndsverkloven andre ledd bokstav c.¹⁰ Tidligere praksis vedrørende retten til å fremføre åndsverket offentlig vil derfor fortsatt kunne ha betydning. Den eneste Høyesterettsdommen som er avsagt på området er *Napster.no-dommen*.¹¹ Siden 2005 har det skjedd en stor rettsutvikling på EU-nivå. Bakgrunnen for at det var ønskelig å skille ut overføringsbegrepet var at lovgiver ønsket å legge bedre til rette for anvendelse av den EU-rettslige forståelsen av begrepet.¹²

Napster.no-dommen vil derfor kun benyttes til å illustrere hvordan slike saker tidligere har blitt behandlet ved norske domstoler. Underrettspraksis brukes til å belyse hvordan domstolen har vektlagt den EU-rettslige forståelsen i nyere saker. Dommene trekkes inn for å underbygge at den EU-rettslige forståelsen er sentral for vurderingen.

Ved tolkningen av direktiver som har harmoniseringsformål, slik som infosoc-direktivet,¹³ er enhetlig praktisering siktemålet. EU-praksis vil derfor være en sentral tolkningsfaktor. I henhold til EØS-loven artikkel 6 må bestemmelser som innholdsmessig er identiske med bestemmelsene i EUs traktatgrunnlag, tolkes i samsvar med relevante avgjørelser som EU-

⁹ Mogharabi (2017).

¹⁰ Prop. 104 L (2016-2017) s. 316.

¹¹ Rt. 2005 s. 41 A (heretter *Napster.no-dommen*).

¹² Prop. 104 L (2016-2017) s. 33 og s. 316.

¹³ EP/Rdir. 2001/29/EC av 22. Mai 2001 (heretter infosoc-direktivet)

domstolen har truffet før inngåelse av avtalen.¹⁴ Videre følger det av ODA¹⁵ artikkel 3 at EFTA-domstolen må ta tilbørlig hensyn også til nyere praksis fra EU-domstolen. For å ikke komme i konflikt med EFTA-domstolens rettsoppfatninger, må også norske myndigheter ta hensyn til senere EU-praksis ved tolkningen. Høyesterettpraksis bekrefter at EØS-retten som hovedregel skal tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen.¹⁶

*Ziggo*¹⁷ er den eneste saken som direkte omhandler plattformansvaret. Denne saken er derfor sentral ved tolkningen. Dommen bygger videre på tidligere EU-praksis, og disse sakene vil derfor benyttes til å belyse vurderingen. Ved behandlingen av *Ziggo* vil også generaladvokat Szpunars uttalelse benyttes.¹⁸ Generaladvokaten gir uttalelser i forkant av saker hvor dette kreves, og skal være upartisk og uavhengig av domstolen.¹⁹ Uttalelsen er ikke rettskildemessig-bindende, men kan utfylle dommen på punkter hvor EU-domstolen har tatt samme standpunkt.

Ehandelsloven er basert på ehandelsdirektivet,²⁰ som begrenser informasjonssamfunnstjenester sitt ansvar i visse tilfeller. Ansvarsfrihetsbestemmelsene ble tatt inn ved lovendring i 2004, og det er derfor forarbeidet tilhørende denne lovendringen som er relevant ved tolkningen.²¹ Det er begrenset norsk praksis tilknyttet ehandelsloven § 18, og det finnes ingen Høyesterettsdom. Direktivet legger opp til en minimumsharmonisering, og lovgiver har derfor ved implementering hatt adgang til å strekke ansvarsfrihetsbestemmelsene lenger enn det som følger av direktivet. Ved implementeringen av denne bestemmelsen er det brukt en annen ordlyd, men materielt er innholdet ment å være det samme.²² Den EU-rettslige forståelsen og tilknyttet EU-praksis må derfor ilegges stor vekt ved tolkningen. Reglene innebærer en horisontal harmonisering da det retter seg mot informasjonssamfunnstjenester generelt, og ikke begrenser seg til et rettsområde.

¹⁴ Lov 27. September 1992 nr. 109 (EØS-loven).

¹⁵ Avtale av 2. mai 1992 nr.2 mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, med protokollene 1-7 (ODA-avtalen).

¹⁶ HR-2016-2239-A avsnitt 31.

¹⁷ C-610/15 *Ziggo*.

¹⁸ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo*.

¹⁹ Lisboa-traktaten artikkel 252.

²⁰ EP/Rdir. 2000/31/EC av 8. Juni 2000 (heretter ehandelsdirektivet)

²¹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004).

²² Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 26 og 29.

Det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet²³ er ment å medføre en ytterligere harmonisering av opphavsretten i EU-landene. Direktivet retter seg mot visse type nettplattformer, som også omfattes av det bredere begrepet informasjonssamfunnstjenester. Bestemmelsene vil derfor være lex-specialis til ehandelsdirektivet for slike aktører. Forslaget som drøftes går nå gjennom «trilog»-forhandlinger,²⁴ og har blitt godkjent av Europakommisjonen og Europaparlamentet. Forslaget har så langt blitt ansett å være EØS-relevant og akseptabelt.²⁵ Ved drøftelsen vil det derfor tas utgangspunkt i dette forslaget. Europarådet har foreslått visse endringer til artikkel 13 og fremmet et kompromissforslag.²⁶ Dette forslaget vil benyttes for å belyse hvor langt bestemmelsen er ment å rekke.

Ved vurderingen av det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet vil ulike EU-initiativer benyttes. EU-kommisjonen har for eksempel kommet med flere ulike meddelelser og anbefalinger om hvordan EU-retten burde utvikles for å tilpasses de digitale utfordringene.²⁷ Disse er ikke bindende, men har vært bakteppet for introduksjonen av direktivet. Initiativene vil derfor benyttes for å forklare konteksten og hensikten med reguleringen. Det dreier seg om et kontroversielt og omstridt tema. Det har derfor vært skrevet mange artikler, med ulike syn og meninger. Artikkelen som er oppstilt i litteraturlisten er derfor lest med kritisk, og benyttes kun til å underbygge argumenter.

1.5 Fremstillingen videre

Først vil det kort redegjøres for retten til å overføre sitt eget åndsverk til allmennheten jf. åndsverkloven § 3. Videre vil det forklares hvordan nettplattformer tradisjonelt har blitt holdt ansvarlig etter norsk rett, og hvorfor EU-domstolens tilnærming får en sentral plass i oppgaven. Det vil videre redegjøres ansvarsnormen og den eventuelle ansvarsfriheten, i tredje og fjerde del av oppgaven. I femte del, gjøres det rede for initiativene som har ledet opp til det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet, og direktivets artikkel 13. Det vil så foretas en komparativ analyse i sjette del av oppgaven. Her vil det fokuseres på om forslaget samsvarer med gjeldende rett, særlig krenkelsesvurderingen og ansvarsfriheten jf. ehandelsloven § 18.

²³ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018).

²⁴ For mer informasjon om beslutningsprosessen se Europalov (2018).

²⁵ Kulturdepartementet (2017).

²⁶ Europarådets kompromissforslag (2018).

²⁷ Blant annet Europakommisjonens meddelelse (2017) og Europakommisjonens meddelelse (2016).

Avslutningsvis vil det bemerkes at forslaget reiser en rekke rettspolitiske spørsmål tilknyttet hensynet til ytringsfrihet, fri informasjonsflyt, retten til å drive virksomhet og personvern.

2 Bakgrunnsrett

2.1 Åndsverkloven

Åndsverkloven har som formål å «gi rettighet til de som skaper, fremfører eller investerer i åndsverk eller nærstående prestasjoner og arbeider»,²⁸ og på denne måte gi incentiv til kulturell produksjon. Åndsverk er «litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for individuell skapende åndsinnsett» jf. åndsverkloven § 2 andre ledd. Dette vil for eksempel omfatte filmverk, musikkverk eller tekster, så lenge de er et resultat av en individuelt preget skapende innsats, og fremstår som originalt.²⁹ Hensynet til rettighetshaver må balanseres mot brukernes og allmennhetens interesse i tilgangen til åndsverkene.³⁰

For å ivareta disse formålene er skaperen av åndsverk tilkjent visse økonomiske rettigheter som følger av åndsverkloven § 3; Retten til å fremstille eksemplarer av åndsverket, og å gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Rettighetene innebærer en positiv rett til å selv fremstille eksemplarer av åndsverket og gjøre disse tilgjengelig for allmennheten, men også en negativ rett til å forby andre å råde over åndsverket uten samtykke eller annet rettslig grunnlag.

Rettighetene er teknologinøytrale og de samme prinsippene gjør seg derfor gjeldende ved bruk av opphavsrettsbeskyttet materiale på nett. Opplastning, nedlastning eller overføring av opphavsrettsbeskyttet materiale på nett krever derfor på lik linje som tradisjonell deling av materiale, samtykke fra rettighetshaver eller annet rettslig grunnlag.

2.2 Overføringsretten

Opphaver har eneretten til å «gjøre verket tilgjengelig for allmenheten».³¹ Ordlyden av «allmennheten» avgrenser mot privat tilgjengeliggjøring, altså kommunikasjon rettet mot «den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps, eller omgangsbånd skaper».³² Videre følger det av ordlyden «gjøre», at det må dreie seg om en aktiv handling som gjør at andre kan få tilgang til åndsverket.

²⁸ Åndsverkloven § 1 første ledd bokstav a.

²⁹ Rt. 2007 s. 1329 A avsnitt 43.

³⁰ Åndsverkloven § 1 første ledd bokstav b og Prop. 104 L (2016-2017) s. 10.

³¹ Åndsverkloven § 3 første ledd bokstav b.

³² Rognstad (2009) *Opphavsretten* s. 188.

Bestemmelsen oppstiller en uttømmende liste over handlinger som anses å gjøre åndsverket tilgjengelig for allmenheten. Spredningsretten, visningsretten, fremføringsretten og etter lovendringen i 2018, retten til å overføre åndsverket til allmennheten.³³

Det følger av åndsverkloven § 3 første ledd bokstav d at det foretas en tilgjengeliggjøring når:

«verket overføres til allmenheten, i tråd eller trådløst, herunder når verket kringkastes eller stilles til rådighet på en slik måte at den enkelte selv kan velge tid og sted for tilgang til verket».

Den vide formuleringen gir uttrykk for at enhver måte å overføre åndsverket til allmenheten på, vil omfattes av eneretten.³⁴ Videre kan ordlyden av «overføring» tolkes slik at rådigheten over åndsverket må være forflyttet. Dette kan tolkes dithen at det bare vil foreligge en overføring i lovens forstand når åndsverket som er lastet opp på nettplattformen er lastet ned, og med dette mottatt av en annen bruker. Det følger imidlertid av bestemmelsen at også tilfeller hvor åndsverket er stilt til rådighet slik at brukere selv kan velge når og hvor det ønskes tilgang til åndsverket vil omfattes. En overføringshandling er derfor ikke betinget av at en annen bruker rent faktisk har åpnet og lastet ned filen. Det er tilstrekkelig at åndsverket er lagt ut på en internettside, slik at publikum selv kan velge når de ønsker å se åndsverket.³⁵

Alternativet er en direkte oversettelse av retten til «communication to the public» som følger av infosoc-direktivet artikkel 3. I henhold til infosoc-direktivets fortale er bestemmelsen ment å etablere et høyt beskyttelsesnivå for opphaver, og sørge for at vedkommende får belønning for bruk av sine åndsverk.³⁶ Ved urettmessig deling av åndsverk på nett er opphaver særlig utsatt for å ikke få kompensasjon for bruken. Dette taler i retning av at det skal foretas en bred tolkning av eneretten. I tillegg fremheves det i ehandelsdirektivets fortale at det er viktig å bevare en rimelig balanse mellom opphavers interesser og brukernes grunnleggende rettigheter, særlig ytrings- og informasjonsfriheten jf. CFR artikkel 11.³⁷ Eneretten må med dette avgrenses slik at det ikke innebærer et uforholdsmessig inngrep i brukernes rettigheter.

³³ Åndsverkloven § 3 første ledd bokstav a, b, c og d.

³⁴ En slik tolkning støttes også av EP/RDir. 2001/29/EF fortale punkt 23.

³⁵ Rognstad (2009) *Opphavsretten* s. 183

³⁶ EP/Rdir. 2001/29/EF fortale punkt 9 og 10.

³⁷ EP/Rdir. 2001/29/EF fortale punkt 3 og 31.

3 Ansvarsnormen

3.1 Norsk tilnærming

For å holdes strafferettslig og/ eller erstatningsansvarlig for krenkelse av overføringsretten må det først påvises at vedkommende har foretatt en slik handling. For det andre må vedkommende ha handlet med tilstrekkelig skyld jf. åndsverkloven §§ 79 til 81. For straffeansvar må det påvises «forsett» jf. åndsverkloven § 79. For erstatningsansvar må vedkommende ha handlet «uaktsomt» jf. åndsverkloven § 81.

Det følger av den generelle medvirkningsbestemmelsen i straffeloven § 15,³⁸ at straffeansvaret også rammer den som medvirker til en overtredelse. Dette påpekes også i forarbeidende til åndsverkloven.³⁹ For erstatning og vederlagsansvaret følger det direkte av åndsverkloven § 81 tredje ledd.

I norsk rett har rettsstillingen tradisjonelt blitt forstått slik at det er brukerne som foretar hovedhandlingen, mens aktøren som muliggjør handlingen kun medvirker. Det har imidlertid blitt anført i juridisk teori at slik tilrettelegging kan utgjøre en direkte overføringshandling.⁴⁰ Denne tilnærmingen samsvarer med nyere EU-praksis på området. Det kan derfor stilles spørsmål ved om den tradisjonelle tilnærmingen som følger av norsk rett kan opprettholdes.

Medvirkningssansvaret kjennetegnes ved at det ikke er medvirker selv som oppfyller gjerningsbeskrivelsen i lovbudet, men at vedkommende på en «kvalifisert måte har bidratt til eller vært delaktig» i hovedovertredelsen.⁴¹ Vurderingen av om medvirker kan holdes ansvarlig skjer på bakgrunn av de ulovfestede prinsippene om medvirkningsansvar.⁴²

Napster.no-dommen er den eneste Høyesterettsavgjørelsen som gjelder et nettsted sitt ansvar for opphavsrettskrenkende innhold, gjort tilgjengelig av tredjepersoner. Avgjørelsen gir en god illustrasjon på det som har vært antatt å være gjeldende rett for plattformhaver.

³⁸ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

³⁹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 341.

⁴⁰ Rognstad (2009) *Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi* s. 539-540.

⁴¹ Andenæs (2016) s. 329 og Prop. 104 L (2016-2017) s. 347.

⁴² Prop. 104 L (2016-2017) s. 346.

Saken gjaldt om Napster.no kunne holdes erstatningsansvarlig for utlegging av lenker som førte til opphavsrettsbeskyttede musikkfiler. Til tross for at den prinsipale anførselen var at disse handlingene utgjorde en direkte opphavsrettskrenkelse, tok ikke Høyesterett endelig stilling til dette.⁴³ Saken ble avgjort på det subsidiære grunnlaget – medvirkning. Operatøren av Napster.no ble ansett å ha «forsterket virkningen av opplasternes handlinger ved å øke tilgjengeligheten til musikken»⁴⁴ gjennom lenkene. Dette var gjort med den hensikt å gi brukerne tilgang til ulovlig tilgjengeliggjorte åndsverk.⁴⁵ Høyesterett kom på bakgrunn av dette til at operatøren av nettsiden kunne holdes ansvarlig for erstatningsbetingende medvirkning til opplasternes handlinger.

Juridisk teori har kritisert dommen for å ikke tilstrekkelig begrunne valget av ansvarsgrunnlag.⁴⁶ Særlig har det blitt trukket frem at en slik tilnærming vil medføre en komplisert rettsstilling som ikke nødvendigvis er egnet til å ivareta opphavers interesser.⁴⁷ Underrettspraksis har imidlertid fulgt opp denne tilnærming.⁴⁸ Dette har derfor blitt ansett å være gjeldende rett.

Saken er over 10 år gammel og gjaldt et felt som har gjennomgått store moderniseringer på EU-nivå. EU-domstolen har avsagt en rekke dommer som indikerer en annerledes tilnærming til spørsmålet. Disse dommene gir uttrykk for at aktøren som muliggjør delingen kan anses å foreta en selvstendig overføring av åndsverkene.

Denne tilnærmingen kan begrunnes i at medlemslandenes medvirkningslære er svært forskjellige.⁴⁹ Ut fra et internasjonalt ståsted kan det virke uheldig at virksomhetene som står for store deler av opphavsrettskrenkelsene over landegrensler, skal bedømmes etter nasjonale ansvarsregler, som i stor grad varierer i innhold fra land til land. For å oppnå størst mulig grad av harmonisering av ansvarsnormen kan det derfor være hensiktsmessig å utforme kriteriene som en selvstendig ansvarsnorm.⁵⁰

⁴³ Rt. 2005 s. 41 A avsnitt 18.

⁴⁴ Rt. 2005 s. 41 A avsnitt 63.

⁴⁵ Rt. 2005 s. 41 A avsnitt 67.

⁴⁶ Rognstad (2005) s. 346.

⁴⁷ Rognstad (2009) *Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi* s. 539.

⁴⁸ RG-2005-1627, TJARE-2007-6676 og RG-2010-171.

⁴⁹ Fremgår blant annet av Giancarlo (2017) s. 38.

⁵⁰ Dette ble argumentert av Generaladvokat Szpunar i forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* avsnitt 3.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om Høyesteretts tilnærming i *Napster.no-dommen* må fravikes som følge av nyere EU-praksis.

Lovgiver har ved å skille ut overføringsbegrepet ment å understreke EU-rettsens betydning på området, og tilrettelegge for bruk av EU-praksis ved tolkningen av begrepet.⁵¹ En dynamisk rettsutvikling på internasjonalt plan innebærer at de internrettslige kildene kan tape mye av sin vekt. Eldre norsk praksis vil i slike tilfeller ilegges begrenset vekt, også Høyesterettspraksis.⁵² Dette taler for at EU-praksisen på området er retningsgivende og at tilnærmingen som følger av *Napster.no-dommen* kun vil få subsidiær anvendelse. Dette finner også støtte i nyere avsagte dommer ved norske underinstanser.

Sak TOSLO-2015-67093 gjaldt adgangen til å pålegge internettilbyderen å blokkere brukeres tilgang til nettstedet «The Pirate Bay». Et slikt pålegg forutsatte at det på nettstedet ble gjort tilgjengelig materiale som åpenbart krenket opphavsretten eller andre rettigheter jf. tidligere åndsverklov § 56 første ledd bokstav c.⁵³ Retten mente at det ikke ville være avgjørende hvorvidt nettstedet selv ble ansett å overføre åndsverket til allmenheten, eller medvirke til dette.⁵⁴ Likevel påpekes det at nettstedets virkemåte, i lys av nyere) måtte anses å innebære en direkte opphavsrettskrenkelse.⁵⁵ Dette er et obiter dictum, men illustrerer vektleggingen av EU-praksis på området. Denne dommen følges opp i TOSLO-2016-72899 hvor samme bestemmelse ble behandlet. Det ble uttalt at nettstedenes virkemåte, ved å publisere lenker til opphavsrettsbeskyttet materialet, innebar selvstendige opphavsrettskrenkelser.⁵⁶

Sak TFOLL-2017-158053 gjaldt inndragning av bruksrett til domenenavnet «popcorn-time.no», på grunnlag av straffbar medvirkning til overføring av åndsverk til allmenheten. Dette var en aktør som kun informerte og lenket til tjenesten «Popcorn Time». For å kreve inndragning av domenenavnet måtte det først vurderes om tjenesten som nettsiden informerte om foretok handlinger i strid med opphavsretten jf. tidligere åndsverklov § 54 a.

«Popcorn Time» var et dataprogram som gjorde det enkelt for brukere å finne og avspille filmer og TV-serier. Åndsverkene ble ikke direkte lagret på «Popcorn Time», men tjenesten

⁵¹ Prop. 104 L (2016-2017) s. 33.

⁵² Arnesen (2015) s. 112.

⁵³ Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. 12. Mai 1961 nr. 2 (opphøvet) (tidligere åndsverklov).

⁵⁴ TOSLO-2015-67093 s. 7.

⁵⁵ TOSLO-2015-67093 s. 8.

⁵⁶ TOSLO-2016-72899 s. 8.

hentet materiale fra andre steder, og sørget for at de ulike elementene ble lastet ned og vist for brukerne.⁵⁷

Med henvisning til EU-praksis kom Follo tingrett til at «Popcorn Time»-tjenesten, ved de ulike elementene og koblingen mellom tredjepartskatalogene og programvaren, ble ansett å foreta en direkte overføring av åndsverkene som ble delt.⁵⁸ Retten kom videre til at nettstedet som lenket til tjenesten hadde medvirket til overføring, og at det var tilstrekkelig grunnlag for inndragningsforelegget. Dommen er ikke rettskraftig, men illustrerer hvordan EU-praksis har blitt ilagt vekt som rettsutviklende på området.

Etter dette legges det til grunn at det er EU-domstolens tilnærming som er veiledende for vurderingen. Spørsmålet er da når en nettplattform ved sin virkemåte foretar en direkte overføringshandling.

3.2 EU-domstolens tilnærming

3.2.1 Ziggo

Den nylig avsatte *Ziggo* saken illustrerer at det å gjøre tilgjengelig og administrere en nettplattform kan utgjøre en direkte overføringshandling av materialet som deles.

Stichting Brein, en nederlandsk rettighetshaver-organisasjon, hadde gått til sak mot nettleverandørene Ziggo BV og XS4ALL, med pålegg om å blokkere tilgangen til nettplattformen «The Pirate Bay». Det måtte derfor vurderes om «The Pirate Bay» handlet i strid med opphavsretten. EU-domstolen ble i denne sammenheng bedt om en prejudisiell avgjørelse for avklare rekkevidden av overføringsretten jf. infosoc-direktivet artikkel 3.

Spørsmålet som ble henvist var:

«(...)whether the concept of ‘communication to the public’, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, should be interpreted as covering, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the making available and management, on the internet, of a sharing platform which, by means of indexation of metadata relating to protected works and the provision of a search engine, allows users of that

⁵⁷ TFOLL-2017-158053 s. 8.

⁵⁸ TFOLL-2017-158053 s. 10.

platform to locate those works and to share them in the context of a peer-to-peer network(...)).⁵⁹

Nettplattformen «The Pirate Bay» gjorde det mulig for brukere å laste opp torrent-filer, som ved hjelp av Bit-Torrent teknologi muliggjorde nedlastning av store mengder opphavsrettskrenkende materiale. Med utgangspunkt i kriteriene som er utformet gjennom EU-praksis, kom EU-domstolen frem til at «The Pirate Bay» sine handlinger utgjorde en direkte overføring av åndsverkene. Dette resultatet baserte seg på en konkret vurdering av «The Pirate Bay» sine handlinger, og det påpekes at det må foretas en individuell vurdering av den konkrete situasjonen.⁶⁰

Spørsmålet er da hvilke kriterier som skal vektlegges ved vurderingen.

3.2.2 Kriterier

Det følger av EU-praksis at det må være foretatt en «act of communication», og at handlingen må være rettet mot et («new») «public».⁶¹ I tillegg er det oppstilt supplerende kriterier som gjør seg gjeldende i ulik grad, avhengig av situasjonen. Disse skal benyttes individuelt, men også i samspill med hverandre, ettersom de i ulike situasjoner kan være tilstede i varierende grad.⁶² Dette medfører at det blir en flytende overgang, og at det i praksis sjelden skilles klart mellom vurderingstemaene. Blant disse kriteriene har EU-domstolen lagt særlig vekt på hvilken rolle aktøren har utspilt og hva som har vært formålet med handlingen.

3.2.2.1 «Act of communication»

Det må dreie seg om en «act of communication». Det trekkes en nedre grense mot tjenester som kun utgjør «the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication».⁶³ Ordlyden tilsier at tjenester som **kun** muliggjør overføringshandlinger ikke vil rammes av eneretten. Dette kan begrunnes med at slike aktører ikke har hatt noen

⁵⁹ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 18.

⁶⁰ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 23.

⁶¹ C-306/05 *SGAE* avsnitt 37 og 45, C-607/11 *ITV Broadcasting and Others* avsnitt 21 og 31, C-466/12 *Svensson and others* avsnitt 16, C-325/14 *SBS v SABAM v Netlog* avsnitt 14, C-160/15 *GS Media* avsnitt 32, C-527/15 *Filmspeler* avsnitt 29, C-610/15 *Ziggo* avsnitt 24.

⁶² C-162/10 *Reha training* avsnitt 35, C-160/15 *GS media* avsnitt 34, C-527/15 *Filmspeler* avsnitt 30, C-610/15 *Ziggo* avsnitt 25.

⁶³ EP/Rdir/2001/29/EF fortale punkt 27.

faktisk befatning med innholdet. Spørsmålet er når en nettplattform må anses å gå utover denne nedre grensen.

I *Ziggo* tilbød «The Pirate Bay» en nettside hvor brukere enkelt kunne dele opphavsrettskrenkende filer. En slik handling kan i utgangspunktet anses å kun utgjøre disposisjonsstillelse av en fysisk fasilitet. EU-domstolen argumenterte at nettplattformen, grunnet sine ulike funksjoner, gikk utover denne nedre grensen. Indekseringen og kategorisering av filene gjorde det enklere for brukere å foreta en overføring. I tillegg bidro søkemotoren og filtreringen av ødelagte filer til en effektiv deling. Nettplattformen hadde med dette gått utover den nedre grensen, og tilbudt mer enn fysiske fasiliteter.⁶⁴

Hensynet bak avgrensingen taler i samme retning. Det er naturlig å skille tjenester som kun muliggjør andre sine overføringer, fra tjenester som medfører at overføringshandlingene blir optimalisert og enklere gjennomført. En nettplattform som tilrettelegger for overføringer utover ren disposisjonsstillelse av fysiske fasiliteter, vil derfor anses å overskride den nedre grensen.

3.2.2.2 «Public»

Overføringen må være rettet mot et «public». Dette har blitt tolket som at åndsverket må gjøres tilgjengelig for en «indeterminate and fairly large number of people».⁶⁵ Avgrensingen er ment å innebære en de-minimis terskel, som ekskluderer overføring til grupper som er små eller ubetydelige.⁶⁶ Det er ved vurderingen det kumulative antallet brukere som potensielt kan ha tilgang til åndsverket, grunnet overføringshandlingen, som skal bedømmes.⁶⁷ En tjeneste som kun er tilgjengelig for et begrenset antall brukere vil for eksempel være der tilgangen forutsetter betaling eller er passord beskyttet. Der et stort antall mennesker har betalt for tjenesten, eller har passordet, vil det imidlertid overstige grensen. En tjeneste som er åpen for enhver internettbruker vil være ubegrenset og rette seg mot et stort antall personer.

3.2.2.3 Nytt publikum

⁶⁴ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 38.

⁶⁵ C-306/05 *SGAE* avsnitt 38, C-466/12 *Svensson and others* avsnitt 21, C-160/15 *GS media* avsnitt 36, C-527/15 *Filmpeler* avsnitt 32 og 45, C-610/15 *Ziggo* avsnitt 27.

⁶⁶ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 41.

⁶⁷ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 41.

I EU-praksis har det blitt oppstilt et krav om at det i tillegg må dreie seg om et **nytt** publikum. Dette har blitt tolket som et annet publikum enn det som var tiltenkt tilgang når opphaver originalt samtykket til overføringen av åndsverket.⁶⁸

Spørsmålet er når en nettplattform anses å foreta en overføring til et nytt publikum.

I *SGAE*⁶⁹ ble en hotelleier som stilte tv-apparater med tv-signal til disposisjon på hotellrommene og fellesområder ansett å foreta en overføring til et nytt publikum. Opphaver hadde gitt samtykke til kringkastingen av tv-sendingene, men det tilsiktede publikummet hadde vært eiere av mottaksutstyr og dens private sirkel. Hotellets handlinger medførte at også gjester av hotellet og andre som oppholdt seg i fellesområdene fikk tilgang til tv-sendingene. Med dette hadde hotellet foretatt en overføring av åndsverkene til et annet publikum enn det som opphaver hadde samtykket til, og det dreide seg om en overføring til et nytt publikum.⁷⁰

I *ITV Broadcasting*⁷¹ ble det stilt spørsmål ved om visning av tv-sendinger på nett måtte anses å være en overføring til et nytt publikum. Det ble anført at dette ikke var tilfellet da mottakerne allerede hadde rett til å se tv-sendingene på tv-apparatene sine. Domstolen la vekt på at det i denne saken, i motsetning til *SGAE*, dreide seg om overføringer som skjedde på forskjellige måter. Strømmingen ble gjort over internett, men det var kun samtykket til overføring ved tv-sending. Det dreide seg med dette om en retransmisjon av åndsverket ved andre tekniske midler. I slike tilfeller var det ikke nødvendig å vurdere om det dreide seg om et nytt publikum.⁷²

Der et åndsverk lastes opp på nett for første gang vil det med dette dreie seg om en overføring ved nye tekniske midler, og rette seg mot et nytt publikum. Spørsmålet er da om det vil dreie seg om et nytt publikum når det lastes opp et åndsverk, som allerede er tilgjengelig på nett.

I en rekke saker har det blitt problematisert hvorvidt lenking til åndsverk som befinner seg på andre nettsider utgjør en overføring til et nytt publikum. I *Svensson and others*⁷³ og

⁶⁸ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 44.

⁶⁹ C-306/05 *SGAE*.

⁷⁰ C-306/05 *SGAE* avsnitt 40.

⁷¹ C-607/11 *ITV Broadcasting*.

⁷² C-607/11 *ITV Broadcasting* avsnitt 39. Dette følger også av senere praksis, blant annet C-265/16 *VCAST*.

⁷³ C-466/12 *Svensson and others*.

*BestWater*⁷⁴ ble lenking til åndsverk som var gjort tilgjengelig med samtykke fra opphaver ikke ansett å utgjøre en overføring til et nytt publikum. Lenkingen innebar en overføring ved samme tekniske midler, og det måtte derfor foretas en konkret vurdering av om det dreide seg om et annet publikum enn først tiltenkt av opphaver. Da åndsverkene hadde blitt lastet opp på en side som var fritt tilgjengelig for enhver internettbruker, var det disse som ble ansett å være det tiltenkte publikummet. Dette var samme publikum som lenkingen ville gi tilgang til, og det var derfor ikke tale om et nytt publikum.

Det kan derfor stilles spørsmål ved om opplastning av et åndsverk, som allerede er tilgjengelig med samtykke fra rettighetshaver på en annen nettside, utgjør en overføring til et nytt publikum.

I den nylig avsagte *Renckhoff*⁷⁵ dreide det seg om et åndsverk som i utgangspunktet var fritt tilgjengelig på nett, med samtykke fra rettighetshaver. Det var på skolens nettside lastet opp en skoleoppgave som inneholdt et opphavsrettsbeskyttet bilde hentet fra en offentlig side. EU-domstolen påpekte at retningslinjene som var oppstilt i sakene som gjaldt lenking, ikke ukritisk kunne legges til grunn i dette tilfellet. Det ble understreket at det er vesentlige forskjeller mellom å lenke til en annen nettside, og å foreta en ny opplastning.

Adgangen til lenking der materialet er gjort fritt tilgjengelig på nett begrunnes ved at lenking bidrar til et velfungerende internett, som gjør det mulig å utveksle meninger og informasjon.⁷⁶ For at det skal være en rimelig balanse mellom disse hensynene, og opphavers enerett, er det et viktig moment at opphaver ved lenking fortsatt har kontroll over åndsverket. Opphaver har muligheten til å fjerne det opplastede åndsverket, og siden lenken kun henviser til denne opplastningen vil heller ikke lenken lenger gi tilgang. Ved re-opplastning vil ikke dette være tilfellet. Når et åndsverk lastes ned og så re-opplastet på en nettplattform vil dette være handlinger som opphaver verken har kontroll, eller nødvendigvis kjennskap til.⁷⁷ På denne bakgrunnen kom EU-domstolen til at en slik re-opplastning innebar en overføring til et nytt publikum, og det krevdes nytt samtykke.⁷⁸

⁷⁴ C-348/13 *Bestwater*.

⁷⁵ C-161/17 *Renckhoff*.

⁷⁶ C-161/17 *Renckhoff* avsnitt 40.

⁷⁷ C-161/17 *Renckhoff* avsnitt 31 og 34.

⁷⁸ C-161/17 *Renckhoff* avsnitt 35.

For nettplattformer vil dette bety at en opplastning av opphavsrettsbeskyttet materiale vil utgjøre en overføring til et nytt publikum, uavhengig av om åndsverket er gjort tilgjengelig på en annen nettside.⁷⁹

3.2.2.4 Nødvendig rolle

For at nettplattformen skal kunne holdes ansvarlig for overføringshandlingen har EU-praksis gjentatte ganger uttalt følgende vurderingstema: Det må dreie seg om en aktør, som med full kunnskap om konsekvensene av sine handlinger, tilrettelegger slik at et publikum som ikke ville hatt tilgang til åndsverket uten tilretteleggingen, får tilgang til åndsverket.⁸⁰

Det kan først stilles spørsmål ved når en nettplattform har utspilt en slik rolle at publikum ikke ville hatt tilgang til åndsverket uten tilretteleggingen. Formuleringen kan tolkes slik at det kun vil ramme de tilfeller der aktørens handling er helt nødvendig for at brukerne får tilgang til åndsverkene. Begrepet «indispensable» har blitt anvendt i flere dommer,⁸¹ og støtter en slik tolkning.

I *SGAE* hadde ikke hotellgjestene hatt tilgang til tv-sendingene uten at hotellet hadde stilt tv-apparatene til disposisjon, og installert tv-signalet. Hotellet ble med dette ansett å ha utspilt en rolle som var nødvendig for overføringen av tv-sendingene til hotellgjestene.⁸² Dette kan tolkes slik at en aktør kun kan holdes ansvarlig der handlingen har vært nødvendig, og avgjørende for overføring av åndsverkene.

Nyere EU-praksis gir imidlertid uttrykk for at også tilfeller der aktøren forenkler tilgangen til åndsverkene omfattes.

I *Filmspeler*⁸³ ble det vurdert hvorvidt salget av en mediespiller, med forhåndsinstallerte lenker til opphavsrettskrenkende materiale, utgjorde en overføring til allmenheten jf. infosoc-direktivet artikkel 3. Det uttales at det ved vurderingen skal vektlegges om handlingen har vært nødvendig for overføringen.⁸⁴ Mange av åndsverkene som brukerne av mediespillerne fikk tilgang til befant seg på åpne nettsider som var mulig å finne, også uten lenkene. Det var

⁷⁹ Denne tolkningen støttes av Lewinski (2018) punkt 1.1.3.

⁸⁰ C-306/05 *SGAE* avsnitt 42, C-403/08 og C-429/08 *FAPL* avsnitt 194, C-117/15 *Reha Training* avsnitt 46.

⁸¹ C-117/15 *Reha Training* avsnitt 46.

⁸² C-306/05 *SGAE* avsnitt 42.

⁸³ C-526/15 *Filmspeler*.

⁸⁴ C-526/15 *Filmspeler* avsnitt 31.

derimot vanskelig å finne sidene, og de byttet ofte adresse. Filmspeler ga med dette brukerne en mer direkte og forenklet tilgang til åndsverkene.⁸⁵ Handlingen ble med dette ansett å være nødvendig for overføringen, til tross for at det var mulig å få tilgang på andre måter. Dommen taler i retning av at også tilfeller der aktøren forenkler tilgangen til åndsverkene kan omfattes.

I *Ziggo* ble det påpekt at nettplattformen måtte ha utspilt en nødvendig rolle for å kunne holdes ansvarlig for overføringen.⁸⁶ I dette tilfellet var det kun fragmenterte deler av filene som var plassert på nettplattformen. Selve delingen skjedde direkte mellom brukerne ved hjelp av Bit-Torrent teknologi. Nettplattformens handlinger kan med dette ikke anses å ha vært strengt nødvendig for overføringene. EU-domstolen kom likevel til at nettplattformen ved å stille siden til disposisjon, og ved å administrere den hadde utspilt en nødvendig rolle.⁸⁷ Som det uttales av generaladvokat Szpunar ville delingen av materialet i hvert fall vært mer kompleks og mindre effektiv uten nettplattformens tilrettelegging.⁸⁸ Dette var tilstrekkelig for å komme til at operatøren av nettplattformen utspilte en nødvendig rolle ved overføringen. Dette tyder på at det vil være tilstrekkelig at tilgangen til materialet forenkles.

EU-praksis gir med dette uttrykk for en vid fortolkning av nødvendighetskriteriet. Dette tilsier at en nettplattform som forenkler tilgangen til åndsverk og tilrettelegger for deling utspiller en nødvendig rolle.

3.2.2.5 Kunnskapskriteriet

Denne overføringshandlingen må være gjort med full kunnskap om de ulovlige konsekvensene som handlingen medfører. Formuleringen kan gi inntrykk av at nettplattformer kun kan holdes ansvarlig der det er foreligger dokumentert og sikker kunnskap om at tjenesten benyttes til å gjøre tilgjengelig opphavsrettskrenkende materiale. EU-praksis har gitt uttrykk for at dette ikke nødvendigvis er tilfellet, og introduserer flere omstendigheter som kan tilsi at det foreligger tilstrekkelig kunnskap. Hensynet til effektiv håndheving av opphavers enerett støtter en slik tolkning. Spørsmålet er når en nettplattform anses å ha handlet med full kunnskap om at det deles opphavsrettskrenkende materiale ved tjenesten.

⁸⁵ C-526/15 *Filmspeler* avsnitt 41.

⁸⁶ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 26.

⁸⁷ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 36 til 37.

⁸⁸ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* avsnitt 50.

EU-praksis har gitt uttrykk for at hensikten med tjenesten er et sentralt moment ved vurderingen. Der hensikten har vært å overføre ulovlige materiale er dette et moment som taler sterkt i retning av at operatøren har handlet med full kunnskap om konsekvensene.

Dette kan illustreres med *Filmspeler* og *Ziggo*. I *Filmspeler* ble det ved promoteringen av mediespilleren spesifisert at den gjorde det mulig å se opphavsrettsbeskyttet materiale, uten opphaver sitt samtykke.⁸⁹ I *Ziggo* hadde nettplattformen informert brukere om at de gjorde tilgjengelig ulovlig innhold, og ytret på ulike blogger og forum at dette var hensikten med tjenesten.⁹⁰ Dette var et tungtveiende moment for at det forelå tilstrekkelig kunnskap om de ulovlige konsekvensene.

Profittformål er også et moment som har blitt vektlagt ved vurderingen av om operatøren har hatt tilstrekkelig kunnskap om konsekvensene av handlingen.⁹¹

I *GS Media*⁹² ble dette momentet ilagt særlig stor vekt. Det dreide seg om en nettside, med kommersielt formål, som hadde lagt ut lenker til opphavsrettskrenkende materiale. Det ble først uttalt at saken skilte seg fra *Svensson and others* og *BestWater* ved at det i dette tilfellet aldri var gitt samtykke til tilgjengeliggjøring. Åndsverkene var derfor gjort tilgjengelig for et annet publikum enn det opphaver hadde tiltenkt tilgang.⁹³ I likhet med tilfeller hvor materialet er re-opplastet på nett, forelå det derfor tilgjengeliggjøring for et nytt publikum. Det måtte derfor vurderes om aktøren hadde hatt tilstrekkelig kunnskap om de ulovlig konsekvensene.

Her ble det lagt stor vekt på at lenkene var lagt ut med profittformål. Dette kan begrunnes ved en avveining mellom profesjonsansvaret og hensynet til ytrings-og informasjonsfrihet jf. CFR artikkel 11. På den ene siden vil det være urimelig å forvente at enhver privat person skulle sjekke at materialet lenken førte til var lastet opp rettmessig. På den andre siden tilsier profesjonsansvaret at det må kunne forventes at en kommersiell aktør er mer aktsom enn private personer. Det uttales i *GS Media* at det i slike tilfeller vil kunne forventes at operatøren av nettsiden hadde foretatt de nødvendige undersøkelsene av materialets lovlighet.

⁸⁹ C-527/15 *Filmspeler* avsnitt 50.

⁹⁰ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 45.

⁹¹ C-306/05 *SGAE* avsnitt 44, C-403/08 og C-429/08 *FAPL* avsnitt 204, C-607/11 *ITV Broadcasting* avsnitt 42, C-117/15 *Reha training* avsnitt 49.

⁹² C-160/15 *GS Media*.

⁹³ C-160/15 *GS Media* Avsnitt 43.

Dersom materialet det ble lenket til viste seg å være ulovlig lastet opp ble det presumert at aktøren hadde hatt kjennskap til dette.⁹⁴

Det er uklart om presumsjonen er ment å gjelde for andre handlinger enn lenking. Lenking medfører at det konkrete materialet det lenkes til blir overført. Ved deling av materiale på en nettplattform er det et langt større antall filer som deles og gjøres tilgjengelig. Generaladvokat Szpunar uttaler i forbindelse med *Ziggo* at en presumsjon om kunnskap for nettplattformer med profittformål vil medføre en generell overvåkingsplikt. Dette vil være svært inngripende for både operatøren av nettplattformen og brukerne. Det uttales derfor at presumsjonen burde forbeholdes lenking.⁹⁵ I selve domsslutningen fremgår det ikke klart om presumsjonen fravikes eller legges til grunn. Det uttales at det ikke kan være tvil om at administrasjonen av nettplattformen uansett var gjort med profittformål, grunnet de betydelige annonseinntektene, men forklares ikke hva slags vekt momentet ilegges.⁹⁶

Angelopoulos argumenterer at dette verken kan forstås som at presumsjonen om kunnskap skal gjelde for nettplattformer, men heller ikke som en klar fravikelse fra standpunktet.⁹⁷ Hensynet til at det burde stilles høyere krav til profesjonelle aktører tilsier at det også i slike tilfeller burde kreves en høyere grad av aktsomhet. På den annen side er en ren presumsjon særlig byrdefullt i lys av mengden materiale som behandles på slike nettplattformer. Profitthensikt vil derfor være et tungtveiende moment, men ikke innebære en klar presumsjon om kunnskap.

Det kan stilles spørsmål ved hva som utgjør profittformål. Rosati argumenterer på bakgrunn av EU-praksis at det er konteksten rundt overføringshandlingen som er av betydning.⁹⁸ Hun viser til flere tidligere saker som gir uttrykk for at det er av størst betydning om selve virksomheten har som formål å skape profitt. Det er med dette ikke avgjørende om selve overføringshandlingen genererer direkte inntekter.⁹⁹ *Filmspeler* kan brukes til å illustrere dette. Det var først og fremst salget av mediespillerne som var inntektsgivende. Inkluderingen av lenker til opphavsrettskrenkende materiale var gjort for å gjøre kjøp av mediespillerne mer attraktivt. Den opphavsrettskrenkende handlingen bidro derfor indirekte til profittformål.

⁹⁴ C-160/15 *GS Media* avsnitt 51.

⁹⁵ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* avsnitt 52.

⁹⁶ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 46.

⁹⁷ Angelopoulos (2017) s. 498.

⁹⁸ Rosati (2017) s. 5.

⁹⁹ C-306/05 *SGAE*, C-403/08 og C-429/08 *FAPL* og C-117/15 *Reha training*.

Vurderingen som ble foretatt i *Ziggo* styrker en slik tolkning. Det ble ansett som klart at nettplattformen ble drevet med profittformål, da operatøren hadde høy inntjening på salg av annonseplass.¹⁰⁰ Overføringen av opphavsrettskrenkende materiale medførte at et stort antall brukere besøkte siden, og det var dette som gjorde det attraktivt for bedrifter å kjøpe annonseplass. Rettsstillingen kan med dette forstås slik at det må foretas en vurdering av virksomheten som en helhet, og hvorvidt overføringshandlingen bidrar til å skape profitt.

Det kan videre stilles spørsmål ved om andre omstendigheter kan tilsi at det foreligger tilstrekkelig kunnskap.

I sakene som har vært oppe for EU-domstolen har det dreid seg om aktører som har hatt profittformål, men i *GS Media* gis det likevel uttalelser om andre momenter som vil tale i retning av at det foreligger kunnskap om konsekvensene. Her nevnes tilfeller hvor det er mottatt notifikasjon fra brukere om at det oppbevares ulovlige innhold.¹⁰¹ I slike tilfeller må det tas forbehold om at ikke enhver notifikasjonen er tilstrekkelig begrunnet og korrekt. Det nevnes også at en operatør som med vilje har omgått restriksjoner på sider for å foreta overføringen, må anses å ha kunnskap om at det vil medføre ulovlige konsekvenser.¹⁰² I slike tilfeller burde aktøren ha undersøkt innholdet, og med dette fått kjennskap til at det var ulovlig.

I juridisk teori er det argumentert for at EU-domstolen i *Ziggo* åpner for at også andre omstendigheter kan ilegges vekt.¹⁰³ Generaladvokat Szpunar forbeholder i sin uttalelse ansvar til de tilfeller der operatøren av nettplattformen har fått faktisk kunnskap om innholdets ulovlige karakter.¹⁰⁴ EU-domstolen poengterer imidlertid at det er flere ulike bevis som tilsier at nettplattformen måtte kjenne til det opphavsrettskrenkende materialet. Først vektlegges formålet med tjenesten og gjentatte notifikasjoner. Videre uttaler EU-domstolen at det befant seg så store mengder opphavsrettskrenkende materiale på nettplattformen, at operatøren måtte anses å være klar over dette.¹⁰⁵ Med dette synes EU-domstolen å åpne for at operatøren kan ha kjennskap til innholdets ulovlige karakter på grunnlag av konstruert kunnskap. Det må

¹⁰⁰ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 46.

¹⁰¹ C-160/15 *GS Media* avsnitt 49.

¹⁰² C-160/15 *GS Media* avsnitt 49 til 50.

¹⁰³ Colangelo (2018) s. 11, Rosati (2017) s. 9 og Angelopoulos (2017) s. 498.

¹⁰⁴ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* avsnitt 52.

¹⁰⁵ C-610/15 *Ziggo* avsnitt 45.

bemerkes at dette momentet ikke var nødvendig for domsslutningen, og det kan derfor ilegges begrenset vekt.

Kunnskapskriteriet knyttes med dette i stor grad opp til hvilken rolle som er utspilt, og vurdering illustrerer at det er en glidende overgang mellom kriteriene. Dersom nettplattformen foretar kontinuerlig kontroller av innholdet, og har stor innsikt i hva slags materiale som deles, er dette omstendigheter som vil tale i retning av at det foreligger kunnskap om konsekvensene. Det vil antakelig forventes mer konkrete holdepunkter for å komme til at en aktør som kun har utspilt en mindre rolle har tilstrekkelig kunnskap. Dette illustrerer at det skal foretas en helhetlig vurdering av om det er foretatt en «communication to the public» jf. infosoc-direktivet artikkel 3.

3.3 Bemerkninger

For nettplattformer med lovlig profil er det fortsatt juridisk usikkerhet knyttet til hva slags kriterier som er avgjørende. Dette kan illustreres med en tysk sak mot YouTube som den 13. september 2018 ble forelagt EU-domstolen for avklaring.¹⁰⁶ GEMA, en tysk rettighetsorganisasjon, har gått til sak mot YouTube med påbud om å forby Youtube å tilgjengeliggjøre en rekke verk. Spørsmålet som er forelagt EU-domstolen dreier seg om operatøren av internettvideoplattformen sitt ansvar for brudd på opphavsretten ved brukergenerert innhold. Her blir det stilt spørsmål ved om YouTube sine handlinger utgjør en direkte overføring av åndsverkene som lastes opp. Argumentene som har blitt ført i saken følger i stor grad de kriteriene som har blitt oppstilt gjennom EU-praksis. Henvisning illustrerer at det i stor grad dreier seg om en uavklart rettsstilling.

Dersom nettplattformen ikke anses å foreta en direkte overføring, kan det vurderes om operatøren kan holdes ansvarlig for medvirkning til brukernes ulovlige handlinger. Forsettet eller uaktsomheten vil da knytte seg til at tjenesten forsterker brukerens ulovlige handling. Det har blitt argumentert at EU-domstolen synes å flytte grensen for hva som utgjør en direkte inngrepshandling, og omfatter tilfeller som tidligere har vært ansett som medvirkning.¹⁰⁷ EU-domstolen har ønsket å harmonisere medvirkningslærene på området, og rettsstillingen kan forstås som at dette gjøres ved å formulere en selvstendig ansvarsnorm.¹⁰⁸ Dette samsvarer

¹⁰⁶ Sak I ZR 140/15.

¹⁰⁷ Kielland (2018) og Koo (2018) s. 542-551.

¹⁰⁸ Ginsburg (2017) s. 7.

godt med generaladvokat Szpunars uttalelse om behovet for å forene EU-statenes lovgivning på dette punktet.¹⁰⁹ Det er derfor usikkert om det fortsatt er rom for en subsidiær medvirkningsdrøftelse.

¹⁰⁹ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* avsnitt 3.

4 Ansvarsfrihet

4.1 Generelt

En nettplattform som er straffe- og/eller erstatningsansvarlig for brudd på opphavsretten i henhold til åndsverkloven §§ 79 til 81 kan unntas ansvar i visse tilfeller. Ehandelsloven §§ 16 til 18 gjennomfører ehandelsdirektivet artikkel 12 til 14, og unntar informasjonssamfunnstjenester ansvar ved tilbud om visse type tjenester. Disse ansvarsfrihetsbestemmelsene ble introdusert med formål om å stimulere til økonomisk vekst og innovasjon på nett.¹¹⁰ I tillegg ble det ansett nødvendig for å sikre at informasjonssamfunnstjenester ikke ble pålagt et uholdbarlig ansvar, som ville hindre ytringsfriheten.¹¹¹

Ansvarsfrihetsbestemmelsene kjennetegnes ved at tjenesteyteren opptrer som en mellommann mellom avsender og mottaker, og ikke kan sies å være den opprinnelige kilden til overføringen. Det vil dreie seg om tjenester som er tekniske, automatiske og passive, slik at tjenesteyteren ikke kan anses å ha kunnskap om eller kontroll over informasjonen.¹¹² I lys av dette er det i norsk rett først og fremst ved medvirkningssituasjoner at ansvarsfrihetsbestemmelsene er ment å begrense gjeldende rett.¹¹³

Det kan med dette stilles spørsmål ved om ansvarsfrihetsbestemmelsen jf. ehandelsloven § 18 vil få anvendelse der en nettplattform anses å foreta en direkte overføringshandling.

I *Ziggo* unnlater EU-domstolen å referere til ehandelsdirektivet, til tross for at dette blir nevnt i generaladvokat Szpunars uttalelse.¹¹⁴ Dette kan begrunnes ved at «The Pirate Bay» ble ansett å foreta en direkte overføringshandling, og ikke kun opptrådte som en medvirker. I vurderingen av om slike aktører har foretatt en overføringshandling er det tatt inn subjektive elementer, som i stor grad overlapper med elementene som er av betydning for ansvarsfriheten. I juridisk teori er det derfor argumentert for at ehandelsdirektivets

¹¹⁰ EP/Rdir/2000/31/EF forale punkt 2 og 8.

¹¹¹ EP/Rdir/2000/31/EF forale punkt 9 og Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 13-14.

¹¹² EP/Rdir/2000/31/EF forale punkt 42.

¹¹³ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 22.

¹¹⁴ Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo* punkt 67 til 69, og 83.

bestemmelser ikke er ment å få anvendelse der det foreligger direkte overføringshandlinger.¹¹⁵ Den fulle vurderingen av slike nettplattformer sitt ansvar vil i så fall foregå på grunnlag av krenkelsesvurderingen. Dette er ikke avklart og det må derfor foretas en konkret vurdering av om en nettplattform, som lagrer brukergenerert innhold, kan unntas ansvar etter ehandelslovens bestemmelser.

En informasjonssamfunnstjeneste er:

«enhver tjeneste som vanligvis ytes mot vederlag og som formidles elektronisk, over avstand og etter en individuell anmodning fra en tjenestemottaker», og «enhver tjeneste som består i å gi tilgang til, eller overføre informasjon over, et elektronisk kommunikasjonsnett, eller i å være nettvert for data som leveres av tjenestemottakeren» jf. ehandelsloven §1 andre ledd.

En nettplattform som gjør det mulig for brukere å laste opp data betegnes som en nettvert, og er følgelig omfattet av definisjonen.

4.2 Ansvarsfrihet for lagringstjenester

4.2.1 Ansvarsbegrensningen

Ehandelsloven § 18 oppstiller ansvarsfrihet for tjenester som «lagrer informasjon på oppfordring fra tjenestemottaker». Det avgrenses med dette mot tilfeller der det er nettplattformen selv som foretar opplastningen. I tredje ledd avgrenses det også mot tilfeller der «tjenestemottaker handler på tjenesteyterens vegne eller under hans kontroll». Dette betyr at det må dreie seg om lagring av materiale som brukeren har lastet opp, uavhengig av nettplattformen.¹¹⁶

En lagringstjeneste vil etter ordlyden omfatte tjenester som innebærer ren utleie av lagringsplass. Begrepet er tolket slik at også tjenester som tilbyr en slags elektronisk oppslagstavle, hvor brukere kan dele materiale, vil utgjøre en lagringstjeneste i lovens forstand.¹¹⁷ Dette taler i retning av at selve lagringen kan gjøres ved ulike typer teknologi,

¹¹⁵ Rosati (2017) s. 13 og Rosati (2018).

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 39-40.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 8.

men det avgjørende er at det muliggjør deling av filer. Dette betyr at også nettplattformer som tilbyr deling ved bruk av Bit-Torrent teknologi kan vernes.

Ved tilbud om slike lagringstjenester unntas tjenesteyteren kun straffeansvar dersom det ikke er utvist «forsett» ved lagringen av den ulovlige informasjonen, eller ved medvirkningen til den ulovlige virksomheten jf. ehandelsloven § 18 første ledd bokstav a. For å unntas erstatningsansvar kan tjenesteyteren ikke ha utvist «forsett» eller «grov uaktsomhet» jf. ehandelsloven § 18 første ledd bokstav b.

Kravet om «forsett» er ikke definert i norsk strafferett, men det er fastslått i rettspraksis og juridisk teori at dette vil forekomme der følgene av handlingen er tilsiktet, måtte regnes som sikker eller overveiende sannsynlig eller baserer seg på den positive innvilgelsesteorien.¹¹⁸ Av hensyn til ytringsfriheten har lovgiver også åpnet for en rettvillfarelsesnorm. Dersom nettverten foretar en aktsom vurdering av den aktuelle informasjonen vil operatøren derfor kunne påberope seg ansvarsfrihet.¹¹⁹ At informasjonssamfunnstjenester som forsettlig oppbevarer materiale ikke unntas ansvar er ment å tilsvare avgrensingen av straffefriheten der tjenesteyteren har «knowledge of illegal activity or information» jf. ehandelsdirektivet artikkel 14 første ledd bokstav a.¹²⁰

Den nedre grensen for erstatningsansvar trekkes der aktøren har utvist «grov uaktsomhet» jf. ehandelsloven § 18 første ledd bokstav b. Det avgjørende er om unnlatelsen av å fjerne materialet innebærer en markert fravikelse fra det forsvarlige, og ved vurderingen skal hensynet til ytringsfrihet tillegges betydelig vekt i vurderingen.¹²¹ Grensen er ment å tilsvare avgrensningen av erstatningsfriheten der tjenesteyteren er «aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent» jf. ehandelsdirektivet første ledd bokstav a.¹²²

Spørsmålet er når en nettplattform, som oppbevarer opphavsrettskrenkende materiale, overskrider denne nedre grensen.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 26.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 27.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 26.

¹²¹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 29.

¹²² Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 29.

I EU-praksis har det blitt foretatt en grensdragning mellom de tilfeller der tjenesteyteren ved lagringen anses å opptre aktivt kontra passivt. Der tjenesteyteren anses å ha opptrådt aktivt ved lagringen oppstilles det en presumsjon om kunnskap.

Dette vurderingstemaet ble trukket frem i *Google France*.¹²³ Saken dreide seg om Googles referanse tjeneste, «AdWords». Tjenesten gjorde det mulig å reservere plass øverst på resultatlisten hos Google når gitte ord ble søkt på. Tjenesten var automatisert, og lenkene som var betalt for ble merket med «sponsored link». Aktører som solgte etterligninger av Louis Vuitton sine varer hadde kjøpt plassering under begreper assosiert med Louis Vuitton. Louis Vuitton hevdet at Google ved å tilby denne tjenesten hadde krenket deres varemerkerett.

EU-domstolen uttalte at hvorvidt Google kunne holdes ansvarlig måtte bero på om det var utspilt en aktiv rolle som tilsa at operatøren måtte anses å ha kjennskap, eller kontroll over dataen som ble lagret. Ved vurderingen kunne det ikke legges avgjørende vekt på at tjenesten ble tilbydd mot betaling.¹²⁴ At Google bidro ved å generere reklamemeldinger, og i noen tilfeller aktivt foreslo relevante søkeord ville derimot være relevant for vurderingen.¹²⁵ Det var med dette handlinger som tydet på at operatøren hadde hatt befatning med materialet, som ville ha betydning. Selve subsumsjonen ble forelagt nasjonale domstoler.

I *L'Oréal v eBay*¹²⁶ ble samme vurderingstema formulert. EU-domstolen uttalte at en nettmarkeds plass som lagret tilbud på sin server ikke kunne miste ansvarsfriheten utelukkende på det grunnlag at operatøren tok betalt for tjenesten, satt vilkår for bruken og ga generell informasjon.¹²⁷ Dersom eBay ble ansett å ha assistert brukerne, særlig ved å optimalisere presentasjonen av tilbudene og fremme disse, hadde operatøren imidlertid opptrådt utover sin nøytrale rolle. Det måtte i så fall antas at operatøren hadde hatt tilstrekkelig kunnskap om, eller kontroll over, dataen knyttet til disse tilbudene.¹²⁸ Det var opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om det var utspilt en slik rolle.

Når det gjaldt spørsmålet om erstatningsansvar måtte det vurderes om operatøren på grunnlag av fakta eller omstendigheter burde forstått at det forekom ulovlige handlinger. Det uttales at

¹²³ C-236/08 til C-238/08 *Google France*.

¹²⁴ C-236/08 til C-238/08 *Google France* avsnitt 120.

¹²⁵ C-236/08 til C-238/08 *Google France* avsnitt 115 til 117.

¹²⁶ C-324/09 *L'Oréal v eBay*.

¹²⁷ C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 115.

¹²⁸ C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 116.

det ved vurderingen skal tas utgangspunkt i om en «diligent economic operator» ville ha identifisert det ulovlige innholdet.¹²⁹ EU-domstolen uttaler at dette ville omfatte både de tilfeller der operatøren har fått kjennskap til slike fakta, eller omstendigheter på grunnlag av egne undersøkelser, og de tilfeller der det er kommet varslinger fra tredjepersoner.¹³⁰

Ved vurderingen av om en nettplattform kan unntas ansvar på grunnlag av ehandelsloven § 18 må det først vurderes om operatøren har opptrådt aktivt, slik at kunnskap kan presumeres. Dersom dette ikke er tilfellet, må det vurderes om det foreligger andre omstendigheter som tilsier at en «diligent economic operator» ville oppdaget det ulovlige materialet, og at nettplattformen har handlet «grovt uaktsomt» jf. ehandelsloven § 18 første ledd bokstav b.

4.2.2 Handlingsplikten

Det følger av ehandelsloven § 18 andre ledd at tjenesteyteren i alle tilfelle er straffe- og/eller erstatningsfri dersom han «uten ugrunnet opphold treffer nødvendige tiltak for å fjerne eller sperre tilgangen til informasjonen». Denne tiltaksplikten inntreffer når skyldkravet foreligger.¹³¹ Dette betyr at det først kan kreves slike tiltak, når det er inntruffet omstendigheter som tilsier at operatøren burde ha kjent til det ulovlige materialet.

Ordlyden av «uten ugrunnet opphold» taler i retning av at det ulovlige materialet må fjernes straks det foreligger slike omstendigheter. Det følger imidlertid av forarbeidende at formuleringen er valgt for å gi tjenesteyteren nærmere tid til å undersøke påstanden om rettstridighet. Dette kan begrunnes med hensynet til ytringsfrihet, og faren for overensurering dersom det kreves umiddelbar fjerning. Det må i så fall foreligge gode grunner for å ikke fjerne innholdet med en gang, og det må straks settes i gang en effektiv undersøkelsesprosess.¹³²

Nettplattformer kan med dette bli ansvarsfri dersom det opphavsrettskrenkende materialet fjernes i tråd med ehandelsloven § 18 andre ledd.

4.3 Øvrige bestemmelser

¹²⁹ C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 120.

¹³⁰ C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 122.

¹³¹ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 30.

¹³² Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 30.

4.3.1 Forbud mot å pålegge generell overvåking

Det fremgår av ehandelsloven § 19 at ehandelsloven §§ 16 til 18 ikke medfører at tjenesteyteren har en «generell plikt til å kontrollere eller overvåke den informasjonen som lagres eller overføres på oppfordring fra en tjenestemottaker». Tjenesteyteren har heller ikke en «generell plikt til å undersøke forhold som antyder ulovlig virksomhet» jf. ehandelsloven § 19. Spørsmålet er da om dette innebærer en absolutt regel mot å pålegge nettplattformer en plikt til å overvåke brukeropplastet innhold.

Ordlyden kan tale i retning av at enhver påleggelse om overvåking er i strid med ehandelsloven § 19.

Det følger av forarbeidende at bestemmelsen kun er ment å unnta tjenesteyter fra å sette i gang prosesser for å undersøke om innholdet er ulovlig, der det ikke foreligger holdepunkter for å anta dette. Det påpekes at en slik tjenesteyter derfor ikke vil ha en plikt til å installere teknisk utstyr som kontrollerer alt innhold på serveren.¹³³ Sett i sammenheng med ehandelsloven § 18, vil det imidlertid kunne oppstå en undersøkelsesplikt der det kommer inn konkrete henvendelser om ulovlig innhold. Dersom tjenesteyteren ikke undersøker slike opplysninger vil han raskt anses å ha opptrådt «grovt uaktsomt», og dermed ikke lenger være ansvarsfri etter ehandelsloven § 18. Det vil i så fall måtte dreie seg om forhold som mer enn antyder ulovlig virksomhet jf. ehandelsloven § 19. Dette vil i følge forarbeidende ikke innebære en generell overvåkingsplikt, men en undersøkelsesplikt av nærmere angitt innhold.¹³⁴

At nettplattformer, for å ivareta ansvarsfriheten jf. ehandelsloven § 18, må foreta undersøkelser der det har kommet inn veldokumenterte opplysninger, vil derfor ikke være i strid med ehandelsloven § 19. Dette er også i tråd med ehandelsdirektivet fortale punkt 47 hvor det fremgår at forbudet mot å pålegge generell overvåking, ikke er til hinder for å pålegge overvåking i spesifikke tilfeller. Ehandelsloven § 19 innebærer med dette ikke et absolutt forbud mot å pålegge enhver form for overvåking, men en begrensing.

¹³³ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 33.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 33.

Dersom nettplattformen ikke er ansvarsfri jf. ehandelsloven § 18 vil ikke ehandelsloven § 19 få direkte anvendelse. Spørsmålet er om forbudet mot å pålegge generell overvåking kan begrunnes ved andre hensyn, og derfor få indirekte betydning.

I *Scarlet v SABAM*¹³⁵ ble det stilt spørsmål ved om Scarlet som nettleverandør kunne pålegges å installere et filtersystem for å filtrere ut opphavsrettskrenkende materiale som ble delt via nettverket. I tillegg til å trekke frem forbudet mot å pålegge generell overvåking, vises det til begrensingene som følger av fundamentale rettigheter. Det uttales at hensikten med å pålegge en slik filtrering er å beskytte den fundamentale rettigheten til immaterielle rettigheter, som følger av CFR artikkel 17 andre ledd.¹³⁶ Det presiseres at denne rettigheten ikke er absolutt, og at den må balanseres mot andre fundamentale rettigheter.¹³⁷ EU-domstolen uttaler at påleggelse om å installere et filtrerings system som involverte all elektronisk kommunikasjon, og gikk via nettverket uten tidsbegrensing, ville medføre en alvorlig innskrenkning av nettleverandørens rett til å drive virksomhet jf. CFR artikkel 16. Dette ville ikke innebære en rettferdig balanse. En slik generell filtrering kunne derfor ikke pålegges.¹³⁸ I tillegg nevnes det at et slikt pålegg ville kunne være i strid med brukernes fundamentale rettigheter. Her nevnes retten til beskyttelse av privat data jf. CFR artikkel 8 og retten til ytrings- og informasjonsfrihet jf. CFR artikkel 11.

En lignende forståelse ble lagt til grunn i *SABAM v Netlog*.¹³⁹ Det ble her vurdert om det kunne gis pålegg mot en sosial nettplattform om å installere mekanismer for å filtrere ut opphavsrettskrenkende materiale. Det ble ansett som klart at Netlog tilbydde en lagringstjeneste som i utgangspunktet var unntatt ansvar jf. ehandelsdirektivet artikkel 14. Dette var ikke til hinder for at en domstol kunne pålegge nettmellomleddet å fjerne det opphavsrettskrenkende materialet. Det kunne også pålegges at den sosiale nettplattformen hindret lignende fremtidige krenkelser.¹⁴⁰ Adgangen til hva som kunne pålegges var begrenset av de øvrige bestemmelsene i ehandelsdirektivet, og fundamentale rettigheter.

¹³⁵ C-70/10 *Scarlet v SABAM*.

¹³⁶ Charter of fundamental rights of the European Union 2000/C 364/01 (heretter CFR).

¹³⁷ C-70/10 *Scarlet v SABAM* avsnitt 43.

¹³⁸ C-70/10 *Scarlet v SABAM* avsnitt 49.

¹³⁹ C-360/10 *SABAM v Netlog*.

¹⁴⁰ C-360/10 *SABAM v Netlog* avsnitt 29.

Det påpekes at en slik filtreringsmekanisme ville innebære identifikasjon, systematisk analyse og prosessering av all informasjon tilknyttet profilene som ble opprettet på plattformen.¹⁴¹ Siden det dreide seg om et generelt filter ville dette medføre behandling av personlig informasjon som gjorde det mulig å identifisere brukerne. Dette kunne stride med retten til beskyttelse av privat data jf. CFR artikkel 8. I tillegg ble det påpekt at en påleggelse ville kunne undergrave retten til informasjon, da et slikt system ikke nødvendigvis var kapabelt til å skille mellom lovlig og ulovlig innhold.¹⁴² Dette ville kunne resultere i at også lovlig materiale ble filtrert bort, og at brukerne dermed ikke fikk tilgang til dette innholdet. Dette ville utgjøre en innskrenking av retten til ytrings- og informasjonsfriheten jf. CFR artikkel 11.

Det må med dette tas hensyn til de fundamentale rettighetene som begrunner forbudet mot generell overvåking, uavhengig av om ehandelsloven § 19 får direkte anvendelse.

4.3.2 Adgang til å gi pålegg om fjerning og hindring

Det fremgår av ehandelsloven § 20 at ansvarsfrihetsbestemmelsene i ehandelsloven §§ 16 til 18 ikke er til hinder for at en «domstol eller en forvaltningsmyndighet på annet rettsgrunnlag enn denne loven krever at tjenesteyteren bringer en overtredelse til opphør eller hindrer den». Dette betyr at en nettplattform som er ansvarsfri i henhold til ehandelsloven § 18, kan pålegges å foreta visse tiltak dersom det fremgår av en annen bestemmelse. Etter norsk rett kan en part få midlertidig forføyning jf. tvisteloven kapittel 34. Dette gis normalt for å sikre et krav når saksøker ennå ikke har noe tvangsgrunnlag.¹⁴³ For at en slik begjæring skal gis medhold må det foreligge et krav som går ut på noe annet enn betaling av penger, og det må foreligge en sikringsgrunn jf. tvisteloven § 34-1. En nettplattform kan med dette pålegges å fjerne eller hindre opphavsrettkrenkende materiale som oppbevares på nettplattformen, til tross for ansvarsfrihet etter ehandelsloven § 18.

Det ble i det opprinnelige høringsnotatet til ehandelsloven foreslått å innføre et varsel og fjern system.¹⁴⁴ Et slikt system ville medført at innhold som det ble varslet om måtte fjernes umiddelbart. Det måtte så gis beskjed om dette til opplasteren. Dersom dette ble imøtegått og igjen lastet opp, måtte varsleren gis beskjed. Lovgiver valgte å ikke innføre et slikt system.

¹⁴¹ C-360/10 *SABAM v Netlog* avsnitt 49.

¹⁴² C-360/10 *SABAM v Netlog* avsnitt 50.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 34.

¹⁴⁴ Høringsnotatet 23. Mai 2001 jf. Ot.prp. nr. 4 (2003-2004) s. 22.

Dette begrunnes med at uriktige meldinger kunne medføre en begrensning av ytringsfriheten, og at den domstollignende situasjonen tjenesteyteren ble plassert i ville være svært vanskelig. I praksis vil imidlertid slik varsling kunne medføre at nettplattformen har tilstrekkelig kunnskap om materialet, og derfor ikke lenger er ansvarsfri jf. ehandelsloven § 18.

Etter gjeldende rett er det med dette først og fremst ved begjæring om midlertidig forføyning det kan kreves at en nettplattform, som er ansvarsfri etter ehandelsloven § 18, fjerner eller hindrer opphavsrettskrenkede materialet.

5 Politisk og rettslig utvikling på EU-nivå

5.1 The Digital Singel Market Strategy (DSM)

I Mai 2015 ble «A Digital Singel Market Strategy for Europe» (heretter DSM-strategien)¹⁴⁵ introdusert av Europakommisjonen. Formålet var å fremme fri flyt av varer, personer, tjenester og kapital på det digitale markedet.¹⁴⁶ I denne forbindelse ble nettplattformers innflytelsesrike rolle trukket frem som sentral. Det ble påpekt at det i hovedsak kun var mulig å holde nettplattformer ansvarlig for opphavsrettskrenkende materiale, i etterkant av at det var tilgjengeliggjort og identifisert. En slik reaktiv ordning ble oppfattet som både ineffektiv og komplisert. Når materialet først var tilgjengeliggjort var det utfordrende å hindre at det ble spredt videre, og sikre at opphaver effektivt fikk håndhevet sine rettigheter.

Europakommisjonen ønsket på denne bakgrunnen å se nærmere på nettplattformers posisjon i det digitale samfunnet, og vurdere om nye tiltak måtte ilegges for å effektivt hindre ulovlig innhold på nett.¹⁴⁷

5.2 Ikke-bindende uttalelser fra Europakommisjonen

DSM-strategien ble fulgt opp av flere ikke-bindende initiativer som skulle stille opp retningslinjer for slike nettplattformer. I 2006 ble en offentlig høring om regelverket for plattformer, nettbaserte mellommenn, data og cloud computing, og samarbeidsøkonomien¹⁴⁸ utgitt av Europakommisjonen for å utrede noen av problemstillingene som ble pekt på i «Towards a Modern, More European Copyright framework».¹⁴⁹ Det ble stilt spørsmål ved om det gjeldende regelverket for ansvarliggjøring av nettmellomledd var tilstrekkelig klart, særlig ansvarsfrihetsbestemmelsen i ehandelsdirektivet. Det ble i henhold til rapporten en consensus om at det eksisterende lovverket i ehandelsdirektivet var tilstrekkelig klart og «fit-for-purpose».¹⁵⁰ Som et resultat meddelte Europakommisjon med «Online Platforms and the

¹⁴⁵ Europakommisjonens meddelelse (2015) COM(2015) 192.

¹⁴⁶ Europakommisjonens meddelelse (2015) COM(2015) 192 s. 3.

¹⁴⁷ Europakommisjonens meddelelse (2015) COM(2015) 192 s. 11-12.

¹⁴⁸ Europakommisjonens konsultasjon (2015).

¹⁴⁹ Europakommisjonens meddelelse (2015) COM(2015) 626.

¹⁵⁰ Europakommisjonens konsultasjons resultater (2016).

Digital Singel Market»¹⁵¹ at det allerede gjeldende ansvarsregimet for slike mellomledd skulle videreføres.

Det ble poengtert at det fortsatt var visse problemstillinger tilknyttet ulovlig materiale som måtte bli adressert.¹⁵² Ett av områdene som ble påpekt var problemstillingen knyttet til allokeringen av inntekter ved distribusjon av opphavsrettslig materiale på nett, populært omtalt som «the value gap». Det påpekes at nye netjtjenester tiltrekker seg et voksende publikum og økonomiske fordeler, men det argumenteres at verdien ikke har blitt forsvarlig delt mellom distributørene og rettighetshaverne. Det måtte i denne sammenheng foretas en utredning av mellomleddets rolle, inkludert nettplattformer. Europakommisjonen vektlegger at det er ønskelig å bygge videre på de frivillige samarbeidsmekanismene som er etablert i samarbeid med nettplattformene.¹⁵³

I 2016 inngikk Europakommisjonen en frivillig avtale om «code of conduct» med flere store nettplattformer – blant annet Facebook, Twitter, YouTube og Microsoft.¹⁵⁴ Avtalen går først og fremst ut på å hindre ulovlig hatefulle ytringer på nett, men illustrer at Europakommisjonen oppmuntrer til frivillig selv-regulering. Flere aktører har også på frivillig grunnlag utarbeidet egne prosedyrer og tiltak som er ment å hindre ulovlig innhold på deres nettplattformer. Et eksempel er YouTube sitt system Content ID som ble laget i 2007.¹⁵⁵ Systemet gjør det mulig for rettighetshavere å identifisere kopier av sitt åndsverk, og administrere hvordan dette brukes. Rettighetshavere må først laste opp en referanse-fil på nettplattformen. Videoer som senere lastes opp blir skannet mot disse filene for å se om det er en match. Dersom det er en match får rettighetshaveren tre muligheter. De kan blokkere videoen, kreve penger for bruken eller følge bruken og få detaljer om bruker historikken. I følge YouTube har rettighetshavere merket flere hundre millioner videoer, og flere milliarder dollar har blitt betalt ut som følge av systemet. Systemet er kun tilgjengelig for de som eier eksklusive rettigheter til en betydelig mengde opphavsrettsbeskyttet materiale som ofte lastes opp av YouTube brukere.¹⁵⁶ Det er med dette et begrenset antall brukere som kan benytte seg

¹⁵¹ Europakommisjonens meddelelse (2016).

¹⁵² Europakommisjonens meddelelse (2016) s. 7-9.

¹⁵³ Europakommisjonens meddelelse (2016) s. 7-9.

¹⁵⁴ Europakommisjonens pressemelding (2016).

¹⁵⁵ Youtube (2018) *Slik fungerer Content ID*.

¹⁵⁶ Youtube (2018) *Slik fungerer Content ID*.

av systemet. Dette illustrerer at nettplattformer også på frivillig basis har foretatt seg steg for å hindre at uautorisert innhold blir delt.

I September 2017 ga Europakommisjonen ut meddelelsen «Tackling Illegal Content Online – Towards an enhanced responsibility of online platforms». Hovedfokuset var på å oppmuntre nettplattformer til å hindre terror innhold, men med den brede formuleringen «illegal content», ble også opphavsrettskrenkelser omfattet. Nettplattformer oppfordres til å ta i bruk effektive, proaktive tiltak for å oppdage og fjerne slikt innhold.¹⁵⁷ Det uttales at slike tiltak ikke skal påvirke ansvarsfriheten som følger av ehandelsdirektivet artikkel 14,¹⁵⁸ men spesifiseres ikke hvordan en slik detektering burde gjøres.

I Mars 2018 ga Europakommisjonen ut anbefalingen «Commission Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online».¹⁵⁹ En meddelelse er kun et politisk dokument som redegjør for Europakommisjonens tanker rundt temaet. En anbefaling er heller ikke rettslig-bindende, men utgjør et instrument som retter seg konkret mot utarbeidelse av lovgivning i medlemslandene.¹⁶⁰ En anbefaling legger derfor ytterligere press på medlemsstatene om å regulere spørsmålet. Hensikten med anbefalingen var å redegjøre for hva slags tiltak medlemsstatene burde kreve av nettplattformer. I denne anbefalingen oppfordres det til bruk av automatisk filter-teknologi for å effektivt oppdage og fjerne ulovlig materiale.¹⁶¹ Også her blir det trukket frem at ansvarsfriheten forblir uberørt.

Disse initiativene er ikke bindende for medlemsstatene, men gir en sterk oppfordring til å introdusere regler som pålegger nettplattformer større og mer proaktivt ansvar for brukeropplastet innhold.

5.3 Foreslått Digitalmarkedsdirektiv

5.3.1 Digitalmarkedsdirektivet

På opphavsrettens område har det blitt foreslått et digitalmarkedsdirektiv som er ment å minske juridisk usikkerhet rundt ansvarsreglene på nett, og bidra til en ytterligere

¹⁵⁷ Europakommisjonens meddelelse (2017) s. 10.

¹⁵⁸ Europakommisjonens meddelelse (2017) s. 11-12.

¹⁵⁹ Europakommisjonens anbefaling (2018).

¹⁶⁰ Europakommisjonen (2018) *European Judicial Network in civil and commercial matters*.

¹⁶¹ Europakommisjonens anbefaling (2018) s. 5.

harmonisering av lovverket.¹⁶² Direktivet vil, i motsetning til tidligere initiativer og uttalelser, være bindende ved implementering i norsk rett. Forslaget er ment å bygge videre på og komplementere gjeldende rettsregler, blant annet infosoc-direktivet og ehandelsdirektivet.¹⁶³

Artikkel 13 pålegger «online content sharing service provider» å inngå lisensavtaler med rettighetshavere for materialet som gjøres tilgjengelig ved deres tjenester, og forhindre uautorisert deling av opphavsrettsbeskyttet innhold. Formålet med bestemmelsen er å minske det såkalte «value gap», og styrke rettighetshavers mulighet til å forhandle om bruken av deres åndsverk.¹⁶⁴

5.3.2 «Online content sharing service provider»

Første spørsmål er hva slags nettplattformer som omfattes av bestemmelsen. «Online content sharing service provider» defineres i artikkel 2 første ledd punkt 4b som en informasjonssamfunnstjenesteyter hvor:

«(...)one of the main purposes of which is to store and give access to the public to a significant amount of copyright protected works or other protected subject-matter uploaded by its users, which the service optimises(...)».

I digitalmarkedsdirektivets forale punkt 37a klarlegges det at slik optimalisering vil blant annet være «(...)displaying, tagging, curating, sequencing, the uploaded works or other subject-matter, irrespective of the means used therefor(...)». Som følge av dette anses nettplattformen å «(...)act in an active way(...)».¹⁶⁵

Det følger av ordlyden at det kun er de nettplattformene som gjør det mulig å dele store mengder opphavsrettsbeskyttet materiale som vil rammes. I tillegg må det foretas handlinger som tilrettelegger for delingen, og innholdet må promottes for profitt.

Det avgrenses mot mikroenterpriser eller små enterpriser som er definert i Europakommisjonens anbefaling om definisjon av slike bedrifter¹⁶⁶, tjenesteytere som opptrer med ikke-kommersielle formål (slik som nettleksikon), og tjenesteytere som tilbyr

¹⁶² Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) forale punkt 3.

¹⁶³ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) forale punkt 4.

¹⁶⁴ Europakommisjonen (2018) *Frequently asked questions on copyright reform*.

¹⁶⁵ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) forale punkt 37a.

¹⁶⁶ Europakommisjonens anbefaling. (2003) C(2003) 1422 annex Title I.

tjenester der alt innhold er avklart med rettighetshavere (slik som pedagogiske eller vitenskapelige repositorier).¹⁶⁷ Dette betyr at mindre nettplattformer, og nettplattformer som ikke genererer fortjeneste, vil falle utenfor definisjonen. I Europarådet sitt kompromissforslag er det foreslått ulike formuleringer av avgrensingen. Fellesnevneren er at det dreier seg om selskaper som ikke har profittformål, og nettplattformer som kun gir brukere muligheten til å laste opp materiale til eget bruk.¹⁶⁸

5.3.3 Handlingsplikt

Spørsmålet er videre hva slags ansvar slike nettplattformer pålegges.

Slike nettplattformer anses, i henhold til digitalmarkedsdirektivet artikkel 13 punkt 1, å «perform an act of communication to the public», og er derfor ansvarlig for at alt innhold som plasseres på nettplattformen er i tråd med opphavers enerett.

Som følge av dette pålegges disse nettplattformene å inngå «fair and appropriate» lisensavtaler med rettighetshaverne.¹⁶⁹ Dette innebærer at nettplattformer som faller innenfor definisjon forpliktes å inngå lisensavtaler med rettighetshavere og rettighetsorganisasjoner, som for eksempel TONO som forvalter musikkrettigheter i Norge,¹⁷⁰ for alt innhold som lastes opp på nettplattformen.

Der rettighetshavere ikke ønsker å inngå lisensavtaler må nettplattformen gjennom samarbeid med rettighetshaver sørge for at innholdet ikke gjøres tilgjengelig på nettplattformen.¹⁷¹ I Europarådet sitt kompromissforslag er det foreslått to alternativer som presiserer hva som kan kreves av nettplattformene i slike tilfeller. Forslagene er forskjellig formulert, men uttrykker en lignende rettsstilling. Nettplattformene holdes ansvarlig for overføringen av uautoriserte åndsverk, med mindre de i henhold til «professional diligence» har foretatt «effective and proportionate steps» for å hindre at uautorisert materiale blir tilgjengelig. Slik forslagene er formulert gjelder dette kun der rettighetshaveren har identifisert materialet og sørget for «relevant and necessary» informasjon i forkant av opplastningen.

¹⁶⁷ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 2 punkt 4b

¹⁶⁸ Europarådets kompromissforslag (2018) artikkel 2 femte ledd.

¹⁶⁹ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 1

¹⁷⁰ Tono (2018).

¹⁷¹ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 2 bokstav a.

Det nevnes ulike faktorer som er relevant ved vurderingen av om nettplattformen har gjort tilstrekkelig for å hindre at det uautoriserte innholdet lastes opp. Naturen og størrelsen på tjenesten, mengden og typen materialet som lastes opp av brukerne, tilgjengeligheten av passende og effektiv teknologi, den finansielle byrden, rettighetshavernes legitime interesser, innvirkningen på legitim bruk og hvor mange notifikasjoner som er mottatt. Listen er ikke uttømmende, og andre faktorer kan derfor også få betydning.

I henhold til det vedtatte forslaget skal kravet om å fjerne uautorisert materiale ikke medføre at lovlig opplastet materiale, inkludert legitim bruk av beskyttet materiale, fjernes.¹⁷² For å sikre dette har Europaparlamentet lagt inn flere sikkerhetsventiler, blant annet at nettplattformene skal ta i bruk effektive og hensiktsmessige ordninger for å behandle klager på fjernet materialet.¹⁷³ En slik mekanisme skal foregå uten «undue delay» og gjøres under «human review».¹⁷⁴ Samarbeidet skal ikke involvere identifikasjon av enkeltbrukere eller annen behandling av personlig data i strid med EP/Rdir 1995/46/EC, EP/Rdir. 2002/58/EC og General Data Protection Regulation.¹⁷⁵ For å utarbeide gode praksiser skal Europakommisjonen og medlemsstatene organisere dialog mellom interessenter og utgi retningslinjer. Ved utarbeidelse av disse praksisene skal det tas hensyn til fundamentale rettigheter, bruken av unntak og begrensinger, sørge for at byrden som pålegges små og medium store bedrifter er passende, og at automatisk blokkering blir unngått.¹⁷⁶

I Europarådets kompromissforslag blir det påpekt at dersom nettplattformen har utvist tilstrekkelig samarbeid med rettighetshaver, og åndsverk til tross for dette blir gjort tilgjengelig, kan nettplattformen unntas ansvar dersom det handles «expeditiously to remove or disable access» til disse åndsverkene.¹⁷⁷

5.3.4 Ehandelsdirektivet artikkel 14

Det følger av punkt 37a at informasjonssamfunnstjenester som kan karakteriseres som en «online content sharing service provider» anses å opptre «in an active way», og derfor ikke

¹⁷² Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 2 bokstav a.

¹⁷³ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 2 bokstav b.

¹⁷⁴ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 2 bokstav b.

¹⁷⁵ Regulation 2016/679.

¹⁷⁶ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) forale punkt 39a og 39b.

¹⁷⁷ Europarådets kompromissforslag (2018) alternativ 1 punkt 6 og alternativ 2 punkt 4 siste avsnitt.

kan unntas ansvar på grunnlag av ehandelsdirektivet artikkel 14. Dette fremgår også av kompromissforslaget.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Europarådets kompromissforslag (2018) artikkel 13 punkt 3.

6 Er denne rettsutviklingen forenelig med gjeldende rett?

6.1 Analysen

Med utgangspunkt i redegjørelsen som er foretatt i kapittel 4 og 5 skal det vurderes om tilnærmingen som følger av digitalmarkedsdirektivet er i strid med gjeldende rett.

Det vil først vurderes hvorvidt en automatisk ansvarliggjøring av «online content sharing service provider» jf. digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 første ledd punkt 4b, innebærer en endring av krenkelsesvurderingen og ansvarsfriheten etter ehandelsloven § 18.

6.2 Endrer det foreslåtte digitalmarkedsdirektivet grensen for når en nettplattform anses å ha foretatt en direkte overføring, i strid med opphavers enerett?

Nettplattformer som omfattes av definisjonen i artikkel 2 første ledd punkt 4b, anses å foreta en overføring av alt materialet som deles på nettplattformen. Denne slutningen er ikke ment å berøre infosoc-direktivet artikkel 3 første og andre ledd, altså opphavers eneretter.¹⁷⁹

Spørsmålet er om denne slutningen kan forenes med tolkningen av retten til overføring jf. infosoc-direktivet artikkel 3.

Kriteriene som har blitt oppstilt gjennom EU-praksis er at det må dreie seg om en «act of communication» rettet mot et «public», og at aktøren må ha utspilt en nødvendig rolle med kunnskap om konsekvensene.

Kriteriet om at overføringen må være rettet mot et «public» har blitt forstått som at en «indeterminate and fairly large number of persons»¹⁸⁰ får tilgang til åndsverket. Det følger av digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 punkt 4b at et av hovedformålene med tjenesten må være å «store and give access to the public to a significant amount of copyright protected works or

¹⁷⁹ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 første ledd.

¹⁸⁰ C-306/05 *SGAE* avsnitt 44, C-466/12 *Svensson and others* avsnitt 21, C-160/15 *GS Media* avsnitt 36, C-527/15 *Filmsteil* avsnitt 45, C-610/15 *Ziggo* avsnitt 27 og 42.

other protected subject-matter uploaded by its users». Formålet med tjenesten må med dette være å lagre, og gi tilgang til «the public». Dette kan indikere at samme vilkår som følger av EU-praksis, om at det må rette seg mot et publikum, er lagt til grunn. Likhets hensyn og formålsbetraktninger vil tilsi at en slik forståelse er hensiktsmessig. I tillegg avgrenses det i artikkel 2 første ledd punkt 4b eksplisitt mot tjenesteytere som tilbyr «cloud services for individual use». Kompromissforslaget fra Europarådet gir også uttrykk for at nettplattformer som kun tilbyr lagring til eget bruk ikke skal omfattes. Dette kan tolkes slik at det er ønskelig å legge samme vurdering til grunn. Tilleggskravet om et nytt publikum, har med støtte i *Renckhoff*, blitt forstått slik at det ikke vil gjøre seg gjeldende ved nye opplastninger på nettplattformer. Det vil derfor ikke være nødvendig å innfortolke en slik begrensning.

Hvorvidt avgrensningen som følger av artikkel 13 er i samsvar med gjeldende rett vil da bero på forståelsen av begrepet «public». Dersom begrepet skal forstås på samme måte som infosoc-direktivet artikkel 3 vil det kunne forenes med gjeldende rett.

Videre må handlingene som utføres av nettplattformen utgjøre en «act of communication».

Det følger av digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 punkt 4b at definisjonen kun vil omfatte de nettplattformene som «optimise content». I henhold til digitalmarkedsdirektivet fortale punkt 37a omfatter dette «displaying, tagging, curating, sequencing, the uploaded works or other subject matter». Den nedre grensen som trekkes ved disposisjonsstillelse av fysiske fasiliteter vil derfor være oversteget.

Det har i EU-praksis blitt lagt vekt på om tjenesteyteren har hatt en nødvendig rolle ved overføringen av åndsverket, slik at aktøren må anses å ha kunnskap om materialets ulovlige karakter. I *Ziggo* ble nettplattformen «The Pirate Bay» ansett å ha spilt en slik rolle, da operatøren stilte siden til disposisjon, og administrerte den på en slik måte at det var lettere for brukere å finne og dele innholdet.

At nettplattformer må optimalisere innhold for å være innenfor definisjonen, kan sammenlignes med denne vurderingen. Operatøren optimaliserte brukeropplevelsen ved å indeksere og kategorisere torrent-filene. På denne måten utspilte operatøren en sentral rolle i delingen av materialet. Dette kan bety at det ved vurderingen av om nettplattformen optimaliserer innholdet i henhold til digitalmarkedsdirektivet, vil foretas en lignende vurdering som følger av EU-praksis.

Dette taler for at samme type nettplattformer som vil være ansvarlig etter digitalmarkedsdirektivet, ville blitt holdt ansvarlig i henhold til EU-praksis på området.

Det følger av EU-praksis at disse handlingene må være utført med full kunnskap om de ulovlige konsekvensene, for at tjenesteyteren skal holdes ansvarlig.¹⁸¹

Det har i EU-praksis blitt lagt stor vekt på hvilken hensikt tjenesteyteren har hatt med tjenesten. Både i *Filmspeler* og *Ziggo* fremsto det som avgjørende at aktørene hadde ment å gjøre tilgjengelig ulovlig materiale. Dette er et moment som ikke vil ha betydning ved vurderingen av om en nettplattform er innenfor definisjonen, som følger av digitalmarkedsdirektivet. Aktører med lovlig profil, slik som YouTube, vil derfor kunne holdes ansvarlig på lik linje som aktører med formål å dele ulovlig materiale. Dette kan tale for at digitalmarkedsdirektivet går lengre enn det som følger av gjeldende rett.

Momentet som har fått en sentral plass i digitalmarkedsdirektivet er hvorvidt nettplattformen har profittformål.

I *GS Media* ble det oppstilt en presumsjon om kunnskap der tjenesteyteren hadde profittformål. I *Ziggo* var det usikkert om denne presumsjonen ble fulgt opp for nettplattformer. Digitalmarkedsdirektivet setter som vilkår for anvendelse at nettplattformen må «promote for profit making purposes».¹⁸² Dette kan tolkes som at presumsjonen som ble oppstilt i *GS Media* skal gjelde for slike nettplattformer. Digitalmarkedsdirektivet fastsetter med dette at profittformål skal behandles som et vilkår i slike tilfeller, og avviker på dette punkt fra gjeldende rett.

Det må i henhold til digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 første ledd punkt 4b dreie seg om å gjøre tilgjengelig «significant amounts of copyright protected works or other protected subject-matter».

Juridisk teori har tolket *Ziggo* slik at det åpnes for å presumere kunnskap basert på omstendighetene. EU-domstolen valgte å trekke frem ulike bevis for å komme til at det forelå tilstrekkelig kunnskap. Dette kan tyde på at også andre omstendigheter vil kunne ilegges vekt. Digitalmarkedsdirektivets avgrensning mot nettplattformer som ikke overfører «significant amounts of copyright protected works or other protected subject-matter» kan være en slik

¹⁸¹ C-527/15 *Filmspeler* avsnitt 31, C-610/15 *Ziggo* avsnitt 26.

¹⁸² Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 2 første ledd punkt 4b

omstendighet. Hensynet til profesjonsansvar kan tilsi at det skal kreves høyere aktsomhet i slike tilfeller. Dette kan ikke utledes direkte fra *Ziggo* eller gjeldende rett. Det er derfor kun ment som en observasjon av hvordan EU-praksis og digitalmarkedsdirektivet kan forenes. Det ville uansett ha dreid seg om et moment i vurderingen, og ikke et vilkår slik det fremstår i digitalmarkedsdirektivet. Det kan også stilles spørsmål ved hva som utgjør «significant amounts», noe som vil kunne skape usikkerhet ved rettsanvendelsen.

EU-praksis skiller seg først og fremst fra digitalmarkedsdirektivets tilnærming ved at det foretas en helhetlig vurdering, hvor ulike kriterier blir vektlagt. Det har blitt vektlagt subjektive elementer, slik som hensikten med tjenesten, og blitt vurdert om tjenesteyteren ut i fra en objektiv vurdering hadde kjennskap til det ulovlige materialet. Dette er en vurdering som ikke må foretas for å komme til at nettplattformen kan holdes ansvarlig etter digitalmarkedsdirektivet. Digitalmarkedsdirektivet innfører en automatisk ansvarliggjøring av nettplattformer som oppfyller visse vilkår. Flere av vilkårene kan utledes av EU-praksis, men digitalmarkedsdirektivet vil medføre en mer standardisert vurdering. Bakgrunnen for dette kan være å minske den rettslige usikkerheten på nett og sikre en effektiv håndhevelse av rettighetene til rettighetshaver.¹⁸³

Digitalmarkedsdirektivet vil med dette medføre en mer absolutt tilnærming basert på definisjonen av «online content sharing service provider», fremfor den mer skjønnsmessige vurderingen som EU-domstolen har oppstilt. Dersom nettplattformen ikke omfattes av definisjonen, må det foretas en konkret vurdering av handlingene til nettplattformen jf. infosoc-direktivet artikkel 3.

6.3 Vil denne rettsutviklingen medføre en innskrenkning av ansvarsfriheten for visse lagringstjenester jf. ehandelsloven § 18?

Det følger av digitalmarkedsdirektivet fortale punkt 4 at direktivet skal komplementere reglene som allerede gjelder på området, der i blant ehandelsdirektivet. Videre følger det av punkt 37a at nettplattformer som anses å være «online content sharing service provider» opptrer på en aktiv måte, og derfor ikke unntas ansvar på grunnlag av ehandelsdirektivet

¹⁸³ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) fortale punkt 3.

artikkel 14. Spørsmålet er da om en slik slutning samsvarer med gjeldende forståelse av ehandelsdirektivet artikkel 14.

Ehandelsdirektivet artikkel 14 tar sikte på å unnta tjenesteytere som tilbyr en tjeneste som er av teknisk, automatisk og passiv karakter, slik at tjenesteyteren verken kan sies å ha kunnskap eller kontroll over informasjonen.¹⁸⁴ Det er i juridisk teori argumentert at unnlatelsen av å nevne ehandelsdirektivet i *Ziggo* kan tolkes slik at ansvarsfriheten ikke vil komme til anvendelse der det foretas en direkte overføring.¹⁸⁵ Det kan argumenteres at en slik forståelse også er i tråd med EU-praksis som belyser ehandelsdirektivet 14 sitt anvendelsesområde.

I *L'Oréal v eBay* hadde operatøren av en nettmarkeds plass optimalisert presentasjonen av tilbudene som brukerne lastet opp. Dette var handlinger som tilsa at operatøren hadde opptrådt på en aktiv måte, og med dette måtte sies å ha tilstrekkelig kunnskap og kontroll over dataen.¹⁸⁶ En slik adferd betydde at operatøren av nettmarkeds plassen ikke kunne unntas ansvar i henhold til ehandelsdirektivet artikkel 14. I *Google France* ble det også trukket frem ulike aspekter ved tjenesten, som talte i retning av at operatøren hadde opptrådt aktivt. Dette var blant annet at Google genererte reklamemeldinger og foreslo relevante søkeord.

Disse drøftelsene samsvarer godt med kriteriet om at nettplattformen må «optimise» innholdet for å rammes av digitalmarkedsdirektivet artikkel 13.¹⁸⁷ Der en nettplattform foretar slike handlinger vil de ikke lenger anses å opptre passivt, og derfor ikke unntas ansvar på grunnlag av ehandelsdirektivet artikkel 14.

Slutningen om at slike nettplattformer opptrer aktivt, og derfor ikke kan unntas ansvar på grunnlag av ehandelsdirektivet artikkel 14, vil derfor kunne forenes med gjeldende rett.

6.4 Forholdet til forbudet mot generell overvåking og fundamentale rettigheter

Digitalmarkedsdirektivet pålegger nettplattformer, som omfattes av definisjonen, å inngå lisensavtaler med rettighetshaverne.¹⁸⁸ Det fremgår også av digitalmarkedsdirektivet at slike

¹⁸⁴ C-236/08 til C-238/08 *Google France* avsnitt 114, C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 114.

¹⁸⁵ Rosati (2018).

¹⁸⁶ C-324/09 *L'Oréal v eBay* avsnitt 116.

¹⁸⁷ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 2 punkt 4b og fortale punkt 37a.

¹⁸⁸ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018) artikkel 13 punkt 1.

nettplattformer anses å foreta en direkte overføring av åndsverkene som lastes opp.¹⁸⁹ For å ha adgang til å overføre andres åndsverk må det foreligge samtykke, eller annet rettslig grunnlag. Kravet om at slike nettplattformer må inngå lisensavtaler med rettighetshaverne vil derfor kunne forenes med det alminnelige kravet som følger av opphavsretten. Der en rettighetshaver ikke ønsker å inngå en lisensavtale, er nettplattformen pålagt å sørge for at slikt materiale ikke blir lastet opp på nettplattformen.

Kritikere har argumentert at nettplattformer, for å sikre at disse reglene overholdes, må ta i bruk teknologiske filter.¹⁹⁰ At slike tiltak er ønskelig kan også utledes av de ikke-bindende initiativene som Europakommisjonen har publisert.¹⁹¹ Forslaget til utforming som ble fremmet av Europakommisjonen i 2016 inneholdt også oppfordring til å ta i bruk «content recognition technologies» for å hindre at uautorisert innhold ble lastet opp på nettplattformen.¹⁹²

Det har med bakgrunn i dette blitt argumentert at digitalmarkedsdirektivet vil medføre at nasjonale myndigheter må pålegge en generell overvåkingsplikt, som er i strid med ehandelsdirektivet artikkel 15. Ettersom ehandelsdirektivet artikkel 14 ikke unntar slike nettplattformer fra ansvar, får ikke ehandelsdirektivet 15 direkte anvendelse. Fundamentale rettigheter tilsier likevel at en lignende begrensning kan få betydning i slike tilfeller.

Det er i henhold til ehandelsdirektivets forale punkt 47 adgang til å gi pålegg om spesifikk overvåking. Spørsmålet er da om digitalmarkedsdirektivet medfører at slike nettplattformer må iverksette en generell eller spesifikk overvåking.

Det fremgår av *SABAM v Netlog* at hensikten med forbudet mot generell overvåking er å unngå at det pålegges en filtrering av alt innhold, som enhver bruker laster opp.¹⁹³ Det som skiller generell og spesifikk overvåking er med dette omfanget av materialet som filtreres, og brukere som blir overvåket. Det følger av Europakommisjonens uttalelser i konsekvensutredningen at installering av «effective content recognition technologies» vil innebære at hvert eneste åndsverk som lastes opp må sjekkes mot databasen.¹⁹⁴ Dette vil

¹⁸⁹ Europaparlamentets forslag til direktiv (2018 artikkel 13 punkt 1.

¹⁹⁰ Internet pioneers (2018) og Reda (2018).

¹⁹¹ Særlig Europakommisjonens meddelelse (2017) og Europakommisjonens anbefaling (2018).

¹⁹² Europakommisjonens forslag til direktiv (2016) forale punkt 39 og artikkel 13 punkt 1.

¹⁹³ C-360/10 *SABAM v Netlog* avsnitt 26.

¹⁹⁴ Europakommisjonen arbeidsdokument (2016) s. 164.

innbære en aktiv overvåking av alt innhold som lastes opp på nettplattformen. Det vil med dette dreie seg om påleggelse av en generell overvåking.

Dersom det legges til grunn at et slikt pålegg godtas, fordi slike nettplattformer er utenfor ehandelsdirektivet artikkel 15 sitt anvendelsesområdet, kan det fortsatt stilles spørsmål ved om dette er i tråd med fundamentale rettigheter.

YouTube har allerede et filtreringssystem på plass, Content ID. Systemet har kostet over 100 millioner dollar å utvikle, og krever stadig større beløp for å forbedres og videreutvikles.¹⁹⁵ Systemet har blitt kritisert, både for å blokkere lovlig innhold, og for å ikke fange opp store mengder opphavsrettskrenkende materiale.¹⁹⁶ For eksempel ble en video av en Harvard Professor som brukte poplåter som illustrasjon i en videoforelesning fjernet.¹⁹⁷ Bruk av opphavsrettslig materiale for utdanningsformål er et av unntakene til eneretten og bruken var derfor berettiget. Dette er hensyn som slike filtreringssystemer ikke nødvendigvis er kapable til å foreta. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det i dag finnes filtreringssystem som vil være pålitelig nok til å fungere slik digitalmarkedsdirektivet krever.

Dersom dette er tilfellet kan bruken av slike filtreringssystemer være betenkelig i lys av flere fundamentale rettigheter.

Som påpekt i både *SABAM v Netlog* og *Scarlet v SABAM* vil et filter som ikke er kan skille mellom lovlig og ulovlig innhold kunne være skadelig for retten til ytrings- og informasjonsfrihet jf. CFR artikkel 11. I tillegg vil det kunne stride med brukernes rett til beskyttelse av privat data jf. CFR artikkel 8.¹⁹⁸ I tillegg illustrerer kostnaden som Content ID har medført for YouTube at det kan medføre påleggelse av store utgifter. Som uttalt i *Scarlet v SABAM* vil et slikt pålegg kunne medføre en alvorlig krenkelse av tjenesteyterens rett til å drive virksomhet jf. CFR artikkel 16.¹⁹⁹ At påleggelsen kun retter seg mot nettplattformer som behandler «significant amount» av opphavsrettsbeskyttet materiale kan svekke dette argumentet.

¹⁹⁵ Youtube (2018) *Slik fungerer Content ID*.

¹⁹⁶ Reda (2017).

¹⁹⁷ Ernesto (2016).

¹⁹⁸ C-360/10 *SABAM v Netlog* avsnitt 50.

¹⁹⁹ C-70/10 *Scarlet v SABAM* avsnitt 49.

Kritikken som har vært rettet mot artikkel 13 har medført flere endringer i digitalmarkedsdirektivets utforming. I nåværende forslag er referansen til bruk av «effective content recognition technologies» ikke videreført. Det konstateres i stedet at nettplattformene og rettighetshavere skal samarbeide for å sikre at opphavsrettskrenkende materiale ikke gjøres tilgjengelig på nettplattformen. Dette skal ikke være til hinder for at lovlig materiale lastes opp. For å oppnå dette skal det utarbeides «best practices». Her skal det tas hensyn til fundamentale rettigheter og begrensinger på opphavsrettens område. Det skal tas sikte på å ilegge nettplattformene en balansert byrde, og unngå at det foretas automatisk blokkering av innholdet.

I tillegg blir det i Europarådets kompromissforslag presisert at nettplattformer kun må foreta «effective and proportionate steps». Dette kan tolkes som en avgrensning av tiltakene som kan pålegges nettplattformene, og en henvisning om at det skal tas hensyn til nettplattformenes rett til å drive virksomhet jf. CFR artikkel 16. Det skal også tas hensyn til «the availability of suitable and effective technologies». ²⁰⁰ Dette kan tolkes som en avgrensning som foretas av hensyn til beskyttelse av personlig data jf. CFR artikkel 8, og ytrings- og informasjonsfriheten jf. CFR artikkel 11.

Til tross for disse sikkerhetsventilene, kan det argumenteres at det vil være utfordrende for nettplattformer å overholde disse kravene, samtidig som det skal foretas en effektiv fjerning av opphavsrettskrenkende materiale. Her kan Europarådets kompromissforslag om å unnta nettplattformer ansvar dersom det handles «expeditiously to remove or disable access» til disse åndsverkene, virke formildende. ²⁰¹ Det forutsettes at nettplattformen har utvist tilstrekkelig samarbeid med rettighetshavere, men aksepteres at det ikke alltid vil være mulig å hindre alt opphavsrettskrenkende materiale. Dette kan medføre en mer balansert rettsstilling hvor nettplattformer har tid til å undersøke innholdet nærmere, fremfor å foreta en generell filtrering. Denne unntagelsen kan sammenlignes med ehandelsdirektivet artikkel 14 andre ledd, som unntar ansvar der informasjonssamfunnstjenesten fjerner innholdet uten ugrunnet opphold. Dette kan bety at digitalmarkedsdirektivet forener en rettsstilling som tidligere har fremgått samlet av infosoc- direktivet og ehandelsdirektivet, for slike nettplattformer.

²⁰⁰ Europarådets kompromissforslag (2018) alternativ 1(c) og alternativ 2(c).

²⁰¹ Europarådets kompromissforslag (2018) alternativ 1 punkt 6 og alternativ 2 punkt 4 siste avsnitt.

Som en avsluttende bemerkning synes ikke artikkel 13 å innebære en radikal endring av gjeldende rett. Det kan heller tolkes som en videreutvikling av rettsstillingen som følger av EU-praksis. Det vil imidlertid måtte gis utfyllende retningslinjer for hvordan de ulike hensynene skal ivaretas i praksis.

Litteraturliste

Lover og Forarbeider

Norske lover

Lov 12. Mai 1961 nr. 2 (opphevet) (tidligere åndsverklov)

om opphavsrett til åndsverk m.v.

Lov 27. September 1992 nr. 109 (EØS-loven)

om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv.

Lov 23. Mai 2003 nr. 35 (ehandelsloven)

om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 (straffeloven)

om straff.

Lov 15. Juni 2018 nr. 40 (åndsverkloven)

om opphavsrett til åndsverk mv.

Norske forarbeid

Ot.prp. nr. 4 (2003-2004)

Om lov om endringer i lov om visse sider av elektronisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester.

Prop. 104 L (2016-2017)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Posisjonsnotat

Kulturdepartementet (2017).

EØS-notat: DSM-direktivet, 24. November 2017.

(<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/>)

(sjekket 20. November 2018)

Norske Avgjørelser

RG-2005-1627

Oslo tingrett

Direct Connect

Rt. 2005 s. 41 A

Høyesterett

Napster.no-dommen

TJARE-2007-6676	Jæren tingrett	
Rt. 2007 s. 1329 A	Høyesterett	Huldra
RG-2010-171	Borgarting lagmannsrett	Telenor
TOSLO-2015-67093	Oslo tingrett	
TOSLO-2016-72899	Oslo tingrett	
HR-2016-2239-A	Høyesterett	Route 66
TFOLL-2017-158053	Follo tingrett (ikke rettskraftig)	Popcorn-time.no

Traktater

Avtale av 2. mai 1992 nr. 1 (EØS-avtalen)

om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

Avtale av 2. Mai 1992 nr. 2 (ODA)

mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, med protokollene 1-7.

Charter 2000/C 364/01 av 12. desember 2000 (CFR)

of fundamental rights of the European Union.

Traktat 2010/C 83/01 av 30. mars 2010 (Lisboa-traktat)

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.

Direktiver og forordninger

EP/Rdir 1995/46/EC av 24. oktober 1995

on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

EP/Rdir. 2000/31/EC av 8. Juni 2000 (ehandelsdirektivet)

on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

EP/Rdir. 2001/29/EC av 22. Mai 2001 (infosoc-direktivet)

on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

EP/Rdir. 2002/58/EC av 12. Juli 2002

concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector.

Regulation 2016/679 av 27. April 2016 (General Data Protection Regulation)
on the protection of natural persons with regard to the
processing of personal data and on the free movement of such
data, and repealing Directive 95/46/EC.

Juridiske EU-dokumenter

Europakommisjonens anbefaling (2003).

*concerning the definition of micro, small and medium-sized
enterprises*, C(2003) 1422, 6 mai 2003.

([https://eur-lex.europa.eu/legal-
content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.124.01.0036.01.EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.124.01.0036.01.EN))

(sjekket 30. november 2018)

Europakommisjonens meddelelse (2015). (DSM-strategien)

A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192,
6. mai 2015.

([https://eur-lex.europa.eu/legal-
content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A192%3AFIN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A192%3AFIN))

(sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens meddelelse (2015).

Towards a Modern, More European Copyright Framework,
COM(2015) 626, 9. desember 2015.

([https://eur-lex.europa.eu/legal-
content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2015%3A626%3AFIN))

(sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens konsultasjon (2015).

*Public consultation on the regulatory environment for
platforms, online intermediaries, data and cloud computing and
the collaborative economy*, 24. september 2015.

(<https://perma.cc/D43H-36ZC>) (sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens konsultasjon resultater (2016).

*Full Report on the Results of the Public Consultation on the
Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries
and the Collaborative Economy*, 25. mai 2016.

(<https://perma.cc/5UJ2-RANY>) (sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens forslag til direktiv (2016).

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593, 14. september 2016.

(<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-directive-european-parliament-and-council-copyright-digital-single-market>) (sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens meddelelse (2016).

Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe, COM (2016) 288 , 25. mai 2016.

(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016DC0288>) (sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens pressemelding (2016).

European Commission and IT Companies Announce Code of Conduct on Illegal Online Hate Speech, IP/16/1937, 31. Mai 2016.

(http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm) (sjekket 28. november 2018)

Europakommisjonens arbeidsdokument (2016).

Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules, 14. September 2016.

(<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2016/EN/SWD-2016-301-F1-EN-MAIN-PART-3.PDF>) (sjekket 30. november 2018)

Europakommisjonens meddelelse (2017).

Tackling illegal content online: Towards an enhanced responsibility of online platforms, COM(2017) 555, 28. september 2018.

(<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0555>) (sjekket 28. November 2018)

Europakommisjonens anbefaling (2018).

on measures to effectively tackle illegal content online, C(2018) 1177, 1. mars 2018.

(<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>) (sjekket 28. november 2018)

Europaparlamentets forslag til direktiv (2018).

*Copyright in the Digital Single Market ***I Amendments adopted by the European Parliament on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, P8_TA-PROV(2018)0337*, 12. September 2018.

(<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+XML+V0//EN>) (sjekket 28. november 2018)

Europarådets kompromissforslag (2018).

Working Paper, Proposal for a Directive of the European Parliament and of The Council on copyright in the Digital Single Market – Articles 11 and 13, WK 13586/2018 INIT, 9. November 2018.

(<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2018/11/SPOLITICO-18111319020.pdf>) (sjekket 28. november 2018)

EU-domstolens avgjørelser

C-306/05 Judgement of the Court (Third Chamber) (SGAE)

Sociedad General de Autores u Editores de españa (SGAE) v Rafael Hoteles SA
ECDLI:EU:C:2006:764

Cases C-236/08 til C-238/08 Judgement of the court (Grand Chamber) (*Google France*)

Google France SARL, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), og Google France SARL v Centre national de

recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08).

ECLI:EU:C:2010:159

C-403/08 og C-429/08 Judgement of the Court (Grand Chamber) (*FAPL*)

Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA v QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR, Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd.

ECLI:C:2011:631

C-324/09 Judgement of the Court (Grand Chamber) (*L'Oréal v eBay*)

L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd v eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi.

ECLI:EU:C:2011:474

C-70/10 Judgement of the Court (Third Chamber) (*Scarlet v SABAM*)

Scarlet Extended SA V Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

ECLI:EU:C:2011:771

C-360/10 Judgement of the Court (Third Chamber) (*SABAM v Netlog*)

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV.

ECLI:EU:C:2012:85

C-607/11 Judgement of the Court (Fourth Chamber) (*ITV Broadcasting*)

ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd, ITV Studios Ltd v TVCatchup Ltd

ECLI:C:2013:147

C-466/12 Judgement of the Court (Fourth Chamber) (*Svensson and others*)

Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB.

ECLI:EU:C:2014:76

Case C-348/13 Order of the Court (Ninth Chamber) (*BestWater*)

BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch.

ECLI:EU:C:2014:2315 (ikke tilgjengelig på engelsk)

C-325/14 Judgment of the Court (Ninth Chamber) (*SABAM*)

SBS Belgium NV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers

ECLI:EU:C:2015:764

C-117/15 Judgement of the Court (Grand Chamber) (*REHA training*)

Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV

ECLI:EU:2016:379

C-160/15 Judgement of the Court (Second Chamber) (*GS Media*)

GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker

ECLI:EU:C:2016:644

C-527/15 Judgement of the Court (Second Chamber) (*Filmspeler*)

Stichting Brein v Jack Frederik Wullems

ECLI:EU:C:2017:300

C-610/15 Judgement of the Court (Second Chamber) (*Ziggo*)

Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

ECLI:EU:C:2017:456

C-265/16 Judgement of the Court (Third Chamber) (*VCAST*)

VCAST Limited v RTI SpA

ECLI:EU:C:2017:913

C-161/17 Judgement of the Court (Second Chamber) (*Renckhoff*)

Land Nordrhein – Westfalen v Dirk Renckhoff

ECLI:EU:C:2018:634

Juridisk teori

Fagbøker:

Andenæs, Johs, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther,

Alminnelig strafferett

6. Utgave (Universitetsforlaget 2016)

Arnesen, Finn og Are Stenvik.

Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS- rettens betydning i norsk rett,

2.utg (Universitetsforlaget 2015)

Reed, Chris.

Making laws for cyberspace

(Oxford University press 2012)

Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen.

Opphavsrett.

(Universitetsforlaget 2009)

Juridiske artikler

Angelopoulos, Christina. (2017)

Communication to the public and accessory copyright infringement, 17. November 2017.

(https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/32AD538AA9020AEF2A8DEDFD7F5BEF24/S0008197317000770a.pdf/communication_to_the_public_and_accessory_copyright_infringement.pdf) (sjekket 30. November 2018)

Colangelo, Giuseppe og, Mariateresa Maggiolino. (2018)

ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy, International Journal of Law and Information Technology, 2018.

(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3087812) (sjekket 30. november 2018)

Frosio, Giancarlo. (2017)

Reforming intermediary liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy, Northwestern University Law Review 19, 7. Februar 2017.

(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912272)
(sjekket 30. november)

Ginsburg, Jane C. (2017)

The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler (C-527/15)(2017) and Brein Ziggo (C-610/15)(2017), 22. August 2017.
(https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3054&context=faculty_scholarship) (sjekket 30. November 2018)

Kielland, Torger. (2018)

Ny åndsverklov del IV (kapittel 5 til 9), 16. august 2018.
(<http://www.iptrillet.no/2018/08/ny-andsverklov-del-iv-kapittel-5-til-9.html>) (sjekket 30. november 2018)

Koo, Justin. (2018)

Away we Ziggo: the latest chapter in the Eu communication to the public story, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Volume 13, Issue 7, 1 July 2018, Pages 542–551.
(<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpx218>) (sjekket 30. november 2018)

Lewinski, Silke von. (2018)

Comments on Article 13 and related provisions in the JURI Committee Report for a Directive on Copyright in the Digital Single Market,
Kluwer Copyright Blog, 3 September 2018.
(<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2018/09/03/comments-article-13-related-provisions-juri-committee-report-directive-copyright-digital-single-market/>) (sjekket 30. november)

Rognstad, Ole-Andreas. (2005)

Opphavsrettslig ansvar for linker på Internett. Noen betraktninger i lys av Høyesteretts dom i Napster.no-saken, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd nr.4, 2005 s. 344-370

(https://lovdata.no/pro/#document/JUS/rognstad-oa-2005-01/KAPITTEL_2-1) (sjekket 30. november 2018)

Rognstad, Ole-Andreas. (2009)

Opphavsrettens innhold i en multimedieverden – om tradisjonelle opphavsrettsbegrepers møte med digital teknologi, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd Juni 2009.

(<http://www.nir.nu/Journal/162/nir-2009-6>) (Sjekket 30. november 2018)

Rosati, Eleonora. (2017)

The CJEU Pirate Bay Judgement and Its Impact on The Liability of Online Platforms, European Intellectual Property Review, 27. juli 2017.

(<https://eprints.soton.ac.uk/412735/>) (sjekket 30. November 2018)

Rosati, Eleonora. (2018)

The value gap proposal in the JURI Committee Report as a consolidation of the existing framework (not the end of the internet), ipkitten.blogspot.com, 2 juli 2018

(<http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/the-value-gap-proposal-in-juri.html>) (sist sjekket 30. November 2018)

Kilder som forklarer begreper:

Europakommisjonen (2018).

Digital Single Market – Glossary.

(https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/glossary#Online_Platforms) (sjekket 20. November 2018)

Europakommisjonen (2018).

European Judicial Network in civil and commercial matters – Glossary.

(http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_en.htm) (sjekket 28. november 2018)

Europalov (2018).

Om beslutningsprosessen.

(<https://www.europalov.no/laer-mer/beslutningsprosessen>)

(sjekket 28. november 2018)

Tono (2018).

Om TONO.

(<https://www.tono.no/om-ono/>) (sjekket 28. november 2018)

Andre kilder:

Ernesto (2016).

YouTube Copyright Complaint Kills Harvard Professor's
Copyright Lecture (update), Torrentfreak, 17. februar 2016.

(<https://torrentfreak.com/youtube-copyright-complaint-kills-harvard-professors-copyright-lecture-160217/>) (sjekket 30.

November 2018)

Europakommisjonen (2018).

Frequently asked questions on copyright reform, sist oppdatert
13. November 2018.

(<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/faq/frequently-asked-questions-copyright-reform>) (sjekket 28. november 2018)

Generaladvokat Szpunar forslag til avgjørelse i C-610/15 *Ziggo*

Stichting Brein v Ziggo BV XS4ALL Internet BV

ECLI:EU:C:2017:99

Internet pioneers (2018).

Article 13 of the EU Copyright Directive Threatens the Internet,
12. juni 2018.

(<https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf>)

(sjekket 30. November 2018)

Mogharabi, Ali. (2017)

Googles YouTube har utsikter til fortjenestevekst, Morningstar,
4. oktober 2017.

(<http://www.morningstar.no/no/news/161745/googles-youtube-har-utsikter-til-fortjenestevekst.aspx/>) (sjekket 30. November 2018)

Nicas, Jack. (2017)

YouTube Tops 1 Billion Hours of Video a day, on Pace to Eclipse TV, The Wall Street Journal 27. Februar 2017.
(<https://www.wsj.com/articles/youtube-tops-1-billion-hours-of-video-a-day-on-pace-to-eclipse-tv-1488220851>) (sjekket 20. November 2018)

Reda, Julia. (2017)

When filters fail: These cases show we can't trust algorithms to clean up the internet, 28. September 2017.
(<https://juliareda.eu/2017/09/when-filters-fail/>) (sjekket 30. November 2018)

Reda, Julia. (2018)

Lifting the veil on the secretive EU copyright negotiations that start today: Here's where we stand, 2. Oktober 2018.
(juliareda.eu/2018/10/copyright-trilogue-positions) (sjekket 30. November 2018)

Sak I ZR 140/15

GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) v YouTube

Høyesterett (BGH) henviste 13. September 2018 saken til EU-domstolen, Pressemelding nr. 150/2018:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2018&Sort=3&nr=87409&pos=0&anz=150> (kun tilgjengelig på tysk) (sist sjekket 30. november 2018)

Hamburg appellrett (OLG) - Dom av 1. juli 2015 – sak 5 U 175/10

Hamburg distriktsdomstol (LG Hamburg) - Dom av 3. september 2010 – sak 308 O 27/09

Youtube. (2018)

Youtube for pressen.
(<https://www.youtube.com/intl/no/yt/about/press/>)(sjekket 20. November 2018)

Youtube. (2018)

Slik fungerer Content ID.

(<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=no>)

(sjekket 28. november 2018)